

GESCHÄFTSUNFÄHIGKEIT UND BESCHRÄNKTE

GESCHÄFTSFÄHIGKEIT IM ARBEITSVERTAGSRECHT

1968

Hans - Günter Heuking

1969

"GESCHÄFTSUNFÄHIGKEIT UND BESCHRÄNKTE GESCHÄFTS-
FÄHIGKEIT IM ARBEITSVERTRAGSRECHT"

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität zu
Münster

vorgelegt von
Hans - Günter Heuking
aus Bottrop

1969

Erster Berichterstatter: Professor Dr. Brox

Zweiter Berichterstatter: Dozent Dr. Hofmann

Dekan: Professor Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968



INHALTSÜBERSICHT

Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit im Arbeitsvertragsrecht

Seite

Einleitung

1

1. Kapitel: Die Geschäftsfähigkeit als Voraus- setzung des Arbeitsvertragsschlus- ses und die Folgen ihres Fehlens nach den Regeln des BGB

- | | | |
|-----|--|----|
| I. | Die Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung
des Arbeitsvertragsschlusses | 4 |
| 1. | Die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln | 4 |
| 2. | Die einzelnen Regeln | 4 |
| II. | Die Folgen der Nichtigkeit oder Unwirksam-
keit des Arbeitsvertrages nach den Regeln
des BGB | 22 |
| 1. | Das Fehlen vertraglicher Rechte und Pflich-
ten | 22 |
| 2. | Die Abwicklung bei fehlender Geschäftsfähig-
keit des Arbeitnehmers | 23 |
| 3. | Die Abwicklung bei fehlender Geschäftsfähig-
keit des Arbeitgebers | 44 |

2. Kapitel: Versuche einer spezifisch arbeits- rechtlichen Lösung zur Abwicklung der auf Grund fehlender Geschäfts- fähigkeit nicht wirksamen Arbeits- verträge

- | | | |
|------|---|----|
| I. | Stellungnahme zu den Rechtsfolgen der nach
§§ 104 ff BGB fehlerhaften Arbeitsverträge | 49 |
| 1. | Die Rechtsfolgen für die Zukunft | 49 |
| 2. | Die Rechtsfolgen aus dem vollzogenen Arbeits-
vertrag | 50 |
| II. | Ergebnisse der in Literatur und Rechtsprechung
unternommenen Lösungsversuche | 52 |
| III. | Vorgehen bei der Untersuchung der Vereinbar-
keit arbeitsrechtlicher Sonderlösungen mit
dem geltenden Recht | 54 |
| IV. | Die Vertragstheorie als Ausgangspunkt einer
rechtlichen Lösung | 56 |

1.	Der Standpunkt der Vertragstheorie	56
2.	Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	56
3.	Die Theorie Müllereiserts	60
4.	Die Eingliederungstheorie	63
5.	Ergebnis	73
V.	Der methodische Ort der Relevanz von Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses für die Rechtsfolgenfeststellung	73
VI.	Korrektur der §§ 104 ff BGB durch höherrangige oder gleichwertige Rechtsnormen	75
VII.	Lösungsversuche im Wege der Lückenausfüllung	77
VIII.	Die Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bei unwirksamem Arbeitsvertrag	79
1.	Die Unwirksamkeit und der Schutzgedanke zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen	79
2.	Die Unwirksamkeitsfolgen und Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses	88
2.1	Das Arbeitsverhältnis als Dauerrechtsverhältnis	90
2.2	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	101
2.3	Das sozialrechtliche Schutzprinzip und sein Einfluß auf die Folgen der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages	106
2.4	Der Lösungsversuch Ramms	123
3.	Die Wirkungen der Restriktion der Nichtigkeitsanordnungen	130
4.	Ergebnis zur Rechtsposition des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers	143
IX.	Pflichten und Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag	144
1.	Der Meinungsstand	144
2.	Der rechtliche Ausgangspunkt der Entscheidung	145
3.	Der Ansatzpunkt der Lösung	146
4.	Die Ausfüllung der Lücke nach den gesetzlichen Wertungen	147
4.1	Die volle vertragliche Haftung	148

	Seite
4.2 Die Verneinung jeder vertraglichen Haftung	149
4.3 Die Lösung im Sinne einer beschränkten Haftung des Arbeitnehmers	151
5. Die deliktsrechtliche Haftung des Arbeitnehmers	159
6. Ergebnis	161
X. Die Abwicklung der nach § 139 BGB unwirksamen Arbeitsverträge	161
XI. Die Rechtsstellung der Parteien aus vollzogenem Arbeitsvertrag bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers	162
1. Die Rechte des Arbeitnehmers	162
1.1 Der Meinungsstand	162
1.2 Die Problemstellung	163
1.3 Der Lösungsversuch	164
1.4 Die Ausgestaltung der Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers	181
2. Die Pflichten des Arbeitnehmers	184
3. Ergebnis	185
XII. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Lehrvertrages	185
1. Problemstellung	185
2. Der Meinungsstand	187
3. Der Versuch einer Lösung	189
<u>Ausblick</u>	193

LITERATURVERZEICHNIS

- Abendroth, Wolfgang Diskussionsbeitrag zu "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates"
in VVDStRL Heft 12 (1954) S. 85 ff.
- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter
in AcP Bd. 151 (1950/51) S. 501 ff.
- Baumbach, Adolf -
Hefermehl, Wolfgang Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen
8. neubearbeitete Auflage München und Berlin 1965
- Baumbach, Adolf -
Hueck, Alfred Aktiengesetz
12. neubearbeitete Auflage
Stand vom 1.10. 1964
München und Berlin 1965
- Beitzke, Günther Wichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen
Schloß Bleckede 1948
- Benda, Ernst Industrielle Herrschaft und sozialer Staat
Göttingen 1966
- Bender, Bernd Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung geltenden Rechts
in JZ 1957 S. 593 ff.
- Betti, Emilio Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse
in Festschrift für H. Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Bd.
Berlin, Tübingen und Frankfurt a.M. 1956 S. 253 ff.
- Biedenkopf, Kurt H. Grenzen der Tarifautonomie
Karlsruhe 1964
- Bobrowski, Paul -
Gaul, Dieter Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung
5. vollständig überarbeitete Auflage
Heidelberg 1965
- Boehmer, Gustav Einführung in das bürgerliche Recht
2. durchgearbeitete und ergänzte Auflage
Tübingen 1965

- Bötticher, Eduard Der Anspruch auf Gleichbehandlung
im Arbeitsrecht
in RdA 1953 S. 161 ff.
- Vertragstheorie und Eingliederung
theorie
in RdA 1955 S. 321 ff.
- Brox, Hans Die Einschränkung der Irrtumsan-
fechtung
Karlsruhe 1960
- Die Anfechtung im Arbeitsrecht
in Rechtspfl. 1961 S. 423 ff.
- Bulla, Gustav Adolf Das sozialrechtliche Schutzprin-
zip als der Grundgedanke des Ar-
beitsrechts
in Mitteilungen des Deutschen Ar-
beitsgerichtsverbandes e.V. 1957
Nr. 15 S. 1 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm Geschäfts- und Verschuldensfähig-
keit bei Haftung aus "culpa in
contrahendo", Gefährdung und Auf-
opferung
in NJW 1964 S. 1987 ff.
- Die Feststellung von Lücken im
Gesetz
Berlin 1964
- Ansprüche wegen "positiver Ver-
tragsverletzung" und "Schutz-
wirkung für Dritte" bei nichti-
gen Verträgen
in JZ 1965 S. 475 ff.
- Atypische faktische Arbeitsver-
hältnisse
in BB 1967 S. 165 ff.
- Carolsfeld, Schnorr Arbeitsrecht
von 2. neubearbeitete Auflage
Göttingen 1954
- Rezension von Ramm, Th.: Die An-
fechtung des Arbeitsvertrages
Karlsruhe 1955
in AcP Bd. 156 (1957) S. 467
- Die rechtlichen Grundsätze des
Lehrlingsproblems
in RdA 1959 S. 206 ff.

- Clasen, H. Sind die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag (§§ 611 ff) auch auf das bloß tatsächliche Beschäftigungsverhältnis anwendbar?
in DJ 1941 S. 967
- Crone, Hans Arbeitsvertrag und Einstellung
in RdA 1952 S. 372 ff.
- Denecke, Johannes Abändernde Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht
in RdA 1953 S. 412 ff.
- Dersch, Hermann Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis
in RdA 1949 S. 325 ff.
- Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht
in Festschrift für W. Herschel, Stuttgart 1955
S. 71 ff.
- Dersch, Hermann - Bundesurlaubsgesetz nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder
Neumann, Dirk Kommentar
3. neubearbeitete Auflage
München und Berlin 1964
- Diederichsen, Uwe Auftraglose Geschäftsführung des Minderjährigen als Problem der juristischen Methode
in MDR 1964 S. 889 ff.
- Dietz, Rolf Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt
Bonn und Köln 1934
- Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung
4. neubearbeitete und erweiterte Auflage
München und Berlin 1967
- Dölle, Hans Außergesetzliche Schuldpflichten
in ZfgStW Bd. 103 (1943) S. 67 ff.
- Absurdes Recht
in Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag Bd. I
München und Berlin 1965
S. 23 ff.

- | | |
|--|---|
| Dorn, Horst | Die Übernahme der Geschäftsführung
ohne Auftrag
jur. Diss.
Erlangen 1960 |
| -- | Arbeitsleistung und Aufwendungser-
satz
in JZ 1964 S. 93 ff. |
| -- | Strukturgleichheit zwischen fakti-
schen Vertragsverhältnissen und der
Geschäftsführung ohne Auftrag
in NJW 1964 S. 799 ff. |
| Ebbecke, Julius | Verpflichtungen aus unerlaubten
Handlungen im Unterschied von
rechtsgeschäftlichen und gesetz-
lichen Verpflichtungen
in Jh.Jb. Bd. 71 (1922) S. 346 ff. |
| Endemann, Wilhelm | Die Behandlung der Arbeit im Privat-
recht
Jena 1896 |
| Engisch, Karl | Einführung in das juristische Den-
ken
3. Auflage
Stuttgart 1965 |
| Enneccerus, Ludwig -
Lehmann, Heinrich | Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung
Tübingen 1958 |
| Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
I. Halbband: Allgemeine Lehren, Per-
sonen, Rechtsobjekte
15. neubearbeitete Auflage
Tübingen 1959
II. Halbband: Entstehung, Untergang
und Veränderung der Rechte, An-
sprüche und Einreden, Ausübung und
Sicherung der Rechte
15. neubearbeitete Auflage
Tübingen 1960 |
| Erdsiek, Gerhard | Zum Bedeutungswandel der Kodifika-
tion - Für und wider ein Gesetz-
buch der Arbeit
in NJW 1961 S. 647 ff. |

- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
4. neubearbeitete Auflage
I. Bd. §§ 1 - 853
Münster 1967
II. Bd. §§ 854 ff
Münster 1967
- Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag
in NJW 1965 S. 421 ff.
- Esser, Josef Lehrbuch des Schuldrechts
2. Auflage
Karlsruhe 1960
- Farthmann, Friedhelm Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen
jur. Diss.
Göttingen 1957
- Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen
in RdA 1958 S. 338 ff.
- Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses
in RdA 1960 S. 5 ff.
- Anfechtung des Arbeitsvertrages - Rezension von BAGE 5 S. 159
- in JuS 1964 S. 141 ff.
- Anm. zu LG Frankfurt in NJW 1963 S. 1361 = AP Nr. 2 zu § 113 BGB
in NJW 1963 S. 1982 f.
- Fechner, Erich Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht
in RdA 1955 S. 161 ff.
- Fitting, Karl -
Kraegeloh, Walter -
Auffarth, Fritz Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung
Handkommentar für die Praxis
7. neubearbeitete Auflage
Berlin und Frankfurt a.M. 1966
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
II. Bd. Das Rechtsgeschäft
Berlin - Heidelberg - New York 1965

Forsthoff, Ernst

Lehrbuch des Verwaltungsrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
9. neubearbeitete Auflage
München und Berlin 1966

Frey, Erich

Können Arbeitsverhältnisse ange-
fochten werden
in AuR 1953 S. 167 ff.

--

Der Gleichbehandlungsgrundsatz in
der Rechtsprechung des Bundesar-
beitsgerichts
in "Das Arbeitsrecht der Gegenwart"
Bd. 3 - Dokumentation 1965
Berlin 1966

Freybe, Günther

Rechtswirksamkeit von Lehrverträ-
gen im Handwerk bei berufsrecht-
lichen Mängeln
in BB 1956 S. 214 f.

Gamillscheg, Franz

Mutterschutz und Sozialstaat
in Festschrift für E. Molitor zum
75. Geburtstag
München und Berlin 1962
S. 57 ff.

--

Die Grundrechte im Arbeitsrecht
in AcP Bd. 164 (1964) S. 385 ff.

Gaul, Dieter

Tarifliche Ausschußfristen
Bedeutung und Verhältnis zur Ver-
jährung und Verwirkung
Heidelberg 1964

Geller, Gregor -
Kleinrahm, Kurt -
Fleck, Hans-Joachim

Die Verfassung des Landes Nord-
rhein-Westfalen
Kommentar
2. Auflage

Göttingen 1963

Gierke, Otto von

Dauernde Schuldverhältnisse
in Jh.Jb. Bd. 64 (2. Folge Bd. 28 -
1914) S. 355 ff.

--

Die Wurzeln des Dienstvertrages
in Festschrift für H. Brunner
München und Leipzig 1914
S. 37 ff.

- Gross, Harald Das Lehrverhältnis nach der Bundes-
handwerksordnung unter besonderer
Berücksichtigung der Grundsätze des
Lehrvertragsrechts
in AuR 1954 S. 101 ff.
- Gschnitzer, Franz Die Kündigung nach deutschem und
österreichischem Recht
in Jh.Jb. Bd. 76 (2. Folge Bd. 28 -
1926) S. 317 ff.
- Hanau, Peter Objektive Elemente im Tatbestand
der Willenserklärung
in AcP Bd. 165 (1965) S. 220 ff.
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse
in Festschrift für H. Siber Bd. II
Leipzig 1943
S. 5 ff.
- Herschel, Wilhelm Die rechtliche Bedeutung schutzge-
setzlicher Vorschriften im Arbeits-
recht
in RdA 1964 S. 7 ff (1. Teil), 44 ff
(2. Teil).
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
- Begriffsbildung und Interessen-
jurisprudenz
Tübingen 1932
- Herz, Ernst Anspruch und Norm im Arbeitsrecht
Köln 1958
- Hessel, Philipp Tatsächliches Arbeitsverhältnis
in AR-Blattei D Arbeitsvertrag - Ar-
beitsverhältnis VI (1965)
- Hilger, Marie-Luise Rezension von Ramm, Th.: Die An-
fechtung des Arbeitsvertrages
in BB 1956 S. 216
- Hofmann, Paul Minderjährigkeit und Halterhaftung
in NJW 1964 S. 228 ff.
- Hueck, Alfred Vertragstheorie und Eingliederungs-
theorie
in RdA 1955 S. 323 ff.
- Der Sozialstaatsgedanke in der
Rechtsprechung des BAG
in Festschrift für W. Apelt
München und Berlin 1958
S. 57 ff.

- Hueck, Alfred
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft
3. neubearbeitete Auflage
Berlin 1964
- Hueck, Alfred -
Nipperdey, Hans Carl
Lehrbuch des Arbeitsrechts
I. Bd. von A. Hueck
Mannheim - Berlin - Leipzig 1927
- Lehrbuch des Arbeitsrechts
I. Bd. von A. Hueck
7. neubearbeitete Auflage
Berlin und Frankfurt a.M. 1963
- II. Bd. Kollektives Arbeitsrecht
von H.C. Nipperdey
6. völlig neubearbeitete Auflage
Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- II. Bd. 1. Halbband, Kollektives
Arbeitsrecht von H.C. Nipperdey
7. völlig neubearbeitete Auflage
Berlin und Frankfurt a.M. 1967
- Hueck, Alfred -
Nipperdey, Hans Carl
- Tophoven, Ernst -
Stahlhacke, Eugen
Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften
4. neubearbeitete Auflage
München 1964
- Hueck, Götz
Rezension von Ramm, Th.: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages
in RdA 1956 S. 156
- Die arbeitsrechtliche Bedeutung der
Bundeshandwerksordnung
in RdA 1954 S. 14 ff.
- Kaskel, Walter
Anm. zu RAG in JW 1929 S. 1263 f
in JW 1929 S. 1263.
- Kaskel, Walter -
Dersch, Hermann
Arbeitsrecht
5. Auflage
Berlin - Göttingen - Heidelberg
1957
- Kauffmann, Hermann
Die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses in DB 1953 S. 21 f.
- Klein, Peter
Zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse
in Seufferts Blätter für die
Rechtsanwendung Bd. 72 (1907)
S. 140 ff.

- Kohler, Josef Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
Berlin 1906
- Krüger, Hildegard Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt
in FamRZ 1956 S. 329 ff.
- Küchenhoff, Günther Faktische Vertragsverhältnisse und faktische Arbeitsverhältnisse
in RdA 1958 S. 121 ff.
- Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht
in Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, II. Bd.
München und Berlin 1965
S. 317 ff.
- Lange, Heinrich Fragen des Eheschließungsrechts
in AcP Bd. 145 (1939) S. 129 ff.
- Leistungsstörungen beim schwebend unwirksamen Geschäft
in Festschrift für W. Schmidt-Rimpler
Karlsruhe 1957
S. 139 ff.
- Larenz, Karl Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt"
in MDR 1954 S. 515 ff.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
- Lehrbuch des Schuldrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
8. durchgesehene und ergänzte Auflage
München und Berlin 1967
II. Bd. Besonderer Teil
8. neubearbeitete Auflage
München und Berlin 1967
- Die Prinzipien der Schadenszurechnung
in JuS 1965 S. 373 ff.
- Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
München 1967

- Lehmann, Heinrich Das "faktische" Vertragsverhältnis
in Jh.Jb. Bd. 90 (1942) S. 131 ff.
- Faktische Vertragsverhältnisse
in NJW 1958 S. 1 ff.
- Lehmann, Heinrich -
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
15. Auflage, neubearbeitet von H.
Hübner
Berlin 1966
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht
München und Berlin 1960
- Lorenz, Werner Die Rechtsfolgen formnichtiger
Schuldverträge - BGH in NJW 1965
S. 812
in JuS 1966 S. 429 ff.
- Lotmar, Philipp Der Arbeitsvertrag nach dem Privat-
recht des Deutschen Reichs
Bd. I
Leipzig 1902
- Mangoldt, Hermann von
- Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz
2. neubearbeitete und vermehrte Auf-
lage von F. Klein
Bd. I unveränderter Nachdruck
München und Frankfurt a.M. 1966
- Mansfeld, Werner Vom Arbeitsvertrag - eine arbeits-
rechtliche Selbstbesinnung
in DAR 1936 S. 118 ff.
- Maus, Wilhelm Das Deutsche Arbeits- und Sozial-
recht
Bd. 1 Das Arbeitsverhältnis
Bleckede a.d. Elbe 1948
- Mavridis, Vassili Eingliederungstheorie, Vertragstheo-
rie und Gemeinschaftsverhältnis
in RdA 1956 S. 444 ff.
- Mayer-Maly, Theo Das arbeitsrechtliche Lehrgebäude
von A. Nikisch
in RdA 1962 S. 49 ff.
- Medicus, Dieter Grenzen der Haftung für culpa in
contrahendo
in JuS 1965 S. 209 ff.
- Anm. zu LG Bremen in NJW 1966
S. 2360 f
in NJW 1967 S. 354 f.

- Merz, Hans Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung
in AcP Bd. 163 (1964) S. 305 ff.
- Migsch, Erwin Ist nach österreichischem Recht eine Anfechtung des Dienstvertrages möglich
in Festschrift für H. Schmitz Bd. I
Wien - München 1967
S. 204 ff.
- Molitor, Erich Das Wesen des Arbeitsvertrages
Leipzig 1925
- Deutsches Arbeitsrecht mit Einschluß der Grundzüge der Sozialversicherung
Leipzig 1938
- Die Kündigung
2. ergänzte und vermehrte Auflage
Mannheim 1951
- Kündigung des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses
in RdA 1955 S. 41 ff.
- Molitor, Erich -
Vollmer, Bernhard Jugendarbeitsschutzgesetz
Kommentar
München und Berlin 1961
- Monjau, Herbert Das Lehrverhältnis als Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis
in DB 1966 S. 1848 ff.
- Motive.. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Amtliche Ausgabe
Bd. I Allgemeiner Teil
Berlin und Leipzig 1888
Bd. II Recht der Schuldverhältnisse
Berlin und Leipzig 1888
- Müller, Gerhard Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes
in DB 1956 S. 524 ff.
- Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 723 ff.

Müllereisert,
F. Arthur

Das Arbeitsverhältnis als Vertrag
und als Gemeinschaft des Personen-
rechts

in DAR 1938 S. 280 ff.

--

Vertragslehre

Stuttgart 1947

Mugdan, B.

Die gesamten Materialien zum Bür-
gerlichen Gesetzbuch für das Deut-
sche Reich

Bd. I und II

Berlin 1899

Nawiasky, Hans

Allgemeine Rechtslehre als System
der rechtlichen Grundbegriffe

2. durchgearbeitete und erweiterte
Auflage

Einsiedeln - Zürich - Köln 1948

Nikisch, Arthur

Arbeitsvertrag und Arbeitsverhält-
nis

Berlin 1941

--

Das Arbeitsverhältnis im Betriebe

Berlin 1944

--

Individualismus und Kollektivismus
im heutigen Arbeitsrecht

in RdA 1953 S. 81 ff.

--

Die Eingliederung in ihrer Bedeu-
tung für das Arbeitsrecht

in RdA 1960 S. 1 ff.

--

Arbeitsrecht

I. Bd. Allgemeine Lehren und Ar-
beitsvertragsrecht

3. erweiterte und völlig Neubear-
beitete Auflage

Tübingen 1961

II. Bd. Koalitionsrecht, Arbeits-
kampfrecht und Tarifvertragsrecht

2. erweiterte und völlig Neubear-
beitete Auflage

Tübingen 1959

--

Über "faktische Vertragsverhält-
nisse"

in Festschrift für H. Dölle Bd. I

Tübingen 1963

S. 79 ff.

- Nipperdey, Hans Carl Faktische Vertragsverhältnisse
in MDR 1957 S. 129 f.
- Nirk, Rudolf Culpa in contrahendo
in Festschrift für Ph. Möhring
München und Berlin 1965
S. 385 ff.
- Obermayer, Klaus Gedanken zur Methode der Rechts-
erkenntnis
in NJW 1966 S. 1885 ff.
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch
Allgemeiner Teil
3. umgearbeitete Auflage
Berlin 1927
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch
26. neubearbeitete Auflage
München und Berlin 1967
- Pawłowski, Hans -
Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nich-
tiger Willenserklärungen
Göttingen 1966
- Die Ansprüche des Vermieters eines
Kraftfahrzeuges gegen den minder-
jährigen Mieter - OLG Hamm, NJW 1966
S. 2357
in JuS 1967 S. 302 ff.
- Planck, G. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch nebst Einführungsgesetz
herausgegeben von E. Strohal
I. Bd. Allgemeiner Teil (§§ 1 -
240)
4. völlig neubearbeitete Auflage
Berlin 1913
II. Bd. 1. Hälfte, Recht der
Schuldverhältnisse (Allgemeiner
Teil) §§ 241 - 432
4. völlig neubearbeitete Auflage
Berlin 1914
II. Bd. 2. Hälfte, Recht der
Schuldverhältnisse (Besonderer
Teil)
4. völlig neubearbeitete Auflage
Berlin 1928

- Potthoff, Heinz Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis
in Arbeitsrecht 1922 Sp. 267 ff.
- Radbruch, Gustav- Einführung in die Rechtswissen-
Zweigert, Konrad schaft
10. durchgearbeitete Auflage
Stuttgart 1961
- Ramm, Thilo Die Anfechtung des Arbeitsvertrages
Karlsruhe 1955
- Rezension von Brox, H.: Die Ein-
schränkung der Irrtumsanfechtung
in AcP Bd. 160 (1961) S. 74 ff.
- Die Rechtswirkung der Anfechtung
des Arbeitsvertrages
in AuR 1963 S. 97 ff.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit be-
sonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
IV. Bd. Familienrecht
9. völlig umgearbeitete Auflage
Berlin 1940
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit be-
sonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofes
Kommentar
I. Bd. 1. Teil, Allgemeiner Teil,
§§ 1 - 240
11. Auflage
Berlin 1959
I. Bd. 2. Teil, Recht der Schuld-
verhältnisse, §§ 241 - 432
11. Auflage
Berlin 1960
II. Bd. 1. Teil, Einzelne Schuld-
verhältnisse, §§ 433 - 704
11. Auflage
Berlin 1959
II. Bd. 2. Teil, Einzelne Schuldver-
hältnisse, §§ 705 - 853
11. Auflage
Berlin 1960
III. Bd. 1. Teil, Sachenrecht,
§§ 854 - 1011
11. Auflage
Berlin 1959

- RGRK IV. Bd. 2. Teil, Familienrecht,
§§ 1589 - 1634, 1638 - 1649, 1664,
1666 - 1698, 1705 - 1921
10. und 11. Auflage
Berlin 1964
- Reinhardt, Uwe Die Haftung des Arbeitnehmers nach
der Vorstellung des Gesetzgebers
des BGB und seiner Zeit (Von der
Pandektistik bis 1918)
in RdA 1965 S. 259 ff.
- Reinicke, Dietrich Formmangel und Verschulden bei Ver-
tragsschluß
in DB 1967 S. 109 ff.
- Reuß, Wilhelm Die Bedeutung des Sozialstaats-
prinzips
in Reuß, W. - Jantz, K.: Sozial-
staatsprinzip und soziale Sicher-
heit
Stuttgart 1960
- Riezler, Erwin Venire contra factum proprium
Leipzig 1912
- Rohlfing, Theodor - Handkommentar zur Gewerbeordnung
Kiskalt Hans - 3. neubearbeitete Auflage
Wolff, Karl Berlin und Frankfurt a.M. 1961
- Roquette, Hermann Mietrecht
Systematische Darstellung des Miet-
rechts nach dem BGB und den miet-
rechtlichen Sondergesetzen
5. neubearbeitete und erweiterte
Auflage
Tübingen 1961
- Sauer, Wilhelm Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940
- Sauerbier, Wolfgang Arbeitsvertrag der Minderjährigen
in AR-Blattei D Minderjährige (1963)
- Schatter, Hans Die Ermächtigung des gesetzlichen
Vertreters an Minderjährige, in Ar-
beit zu treten (§ 113 BGB)
in RdA 1951 S. 445 ff.
- Schelp, Günter - Bundesurlaubsgesetz
Herbst, Fritz Kommentar
Berlin und Frankfurt a.M. 1963

- Schlegelberger, Franz
- Vogels, Werner
Erläuterungswerk zum Bürgerlichen
Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht
Berlin 1939 ff
I. Bd. Allgemeiner Teil
II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse
- Schlegelberger, Franz
Handelsgesetzbuch in der seit dem
1. Oktober 1937 geltenden Fassung
1. Bd., §§ 1 - 104
4. überarbeitete und ergänzte Auf-
lage
Berlin und Frankfurt a.M. 1965
- Schmidt, Hans
Lehrlingsvergütung und Tarifvertrag
im Handwerksrecht
in BB 1958 S. 989 f.
- Schmidt, Karl-
Heinrich
Probleme der Anfechtung des Arbeits-
vertrages
in AuR 1960 S. 43 ff.
- Schmidt-Rimpler,
Walter
Rezension von Schumann, H.: Handels-
recht, Grundriß in 2 Bänden,
in AcP Bd. 155 (1956) S. 158 ff.
- Schönke, Adolf -
Schröder, Horst
Strafgesetzbuch
Kommentar
12. neubearbeitete Auflage
München und Berlin 1965
- Scholz, Dietmar
Die Anwendung des § 139 BGB im Ar-
beitsrecht
jur. Diss.
Göttingen 1965
- Schulien, Peter
Anm. zu LG Aachen in NJW 1963
S. 1252
in NJW 1963 S. 1878 f.
- Schumann, Hans
Handelsrecht, Grundriß in 2 Bänden,
Bd. I Handelsstand - Handelsgeschäfte
Wiesbaden 1954
- Schwimmann, Michael
Die Institution der Geschäftsfähig-
keit
Wien 1965
- Siebert, Wolfgang
Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung
der nationalen Arbeit
Hamburg 1935
- Arbeitsverhältnis und Vertrag
in ZAKDR 1936 S. 93 ff.

- Siebert, Wolfgang Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936
in DAR 1937 S. 14 ff, 44 ff.
- Die Begründung des Arbeitsverhältnisses
in DAR 1937 S. 305 ff, 338 ff.
- Faktische Vertragsverhältnisse
Karlsruhe 1958
- Einige Entwicklungslinien im neuen Individualarbeitsrecht
in RdA 1958 S. 366 ff.
- Lehrvertrag - Lehrverhältnis
in AR-Blattei D Lehrvertrag - Lehrverhältnis II (1959 ff),
teilweise fortgeführt von F. Farthmann
- Simitis, Spiros Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts
Frankfurt a.M. 1957
- Bemerkungen zur Wichtigkeit von Arbeitsverhältnissen, insbesondere zur nachträglichen Sitten- und Gesetzeswidrigkeit
in JZ 1964 S. 740 ff.
- Sinzheimer, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts
2. erweiterte und völlig umgearbeitete Auflage
Jena 1927
- Soergel, H. Theodor Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz
- Siebert, Wolfgang I. Bd. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil
10. neubearbeitete Auflage
Stuttgart 1967
II. Bd. Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 - 853
9. neubearbeitete Auflage
Stuttgart 1960
IV. Bd. Familienrecht §§ 1297 - 1921, Ehegesetz
9. neubearbeitete Auflage
Stuttgart 1963

- Stahlhacke, Eugen Kommentar zur Gewerbeordnung - Arbeitsrechtliche Vorschriften
Bd. 3 des Kommentars zur Gewerbeordnung von Fuhr, Eberhard,
Köln 1965
- Stammler, Rudolf Theorie der Rechtswissenschaft
Halle 1911
- Staudacher, Paul Haftung von Minderjährigen bei Mietverträgen
in NJW 1961 S. 1907 ff.
- Staudinger, J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Bd. Allgemeiner Teil
11. neubearbeitete Auflage
Berlin 1957
II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1 b, § 242
Erläuterungen und Register von Weber, Wilhelm,
11. neubearbeitete Auflage
Berlin 1961
Teil 1 c, Lieferung 2, §§ 256 - 277, erläutert von Werner, Alfred, 10./11. neubearbeitete Auflage
Berlin 1962
3. Teil §§ 611 - 704
11. neubearbeitete Auflage
Berlin 1958
4. Teil, Lieferung 28, §§ 812 - 822, erläutert von Seufert, Günther,
11. neubearbeitete Auflage
Berlin 1960
- Stöcker, Hans A. Das vermögenswerte Recht an der genutzten Arbeitskraft
in RdA 1966 S. 125 ff.
- Stranz, Martin Wechselgesetz
Kommentar
14. Auflage
Berlin 1952

- Tomandl, Theodor Der Einbau sozialer Grundrechte
in das positive Recht
Tübingen 1967
- Weimar, Wilhelm Das Mitverschulden von Kindern unter
sieben Jahren
in DR 1944 S. 608 ff.
- Wieacker, Franz Richtermacht und privates Rechts-
verhältnis
in Archiv d.ö.R. (N.F.) Bd. 29
(1938) S. 1 ff.
- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
Göttingen 1952
- Geschäftsfähigkeit und faktische
Vertragsverhältnisse
in Göttinger Festschrift für das
Oberlandesgericht Celle
Göttingen 1961
S. 263 ff.
- Wiedemann, Herbert Das Arbeitsverhältnis als Austausch-
und Gemeinschaftsverhältnis
Karlsruhe 1966
- Wittholz, Joachim Lehrlingsvergütung und Tarifver-
trag im Handwerksrecht
in BB 1958 S. 706 f.
- Wolff, H. Über faktische Vertragsverhältnisse
in NJW 1953 S. 1250 f.
- Woltereck, Franz Der Gewerkschaftsbeitritt Minder-
jähriger
in AuR 1965 S. 193 ff (1. Teil),
S. 237 ff (2. Teil).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Ansicht
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, zugleich Nachschlagewerk des Bundesarbeits- gerichts
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattsamm- lung)
ArbR	Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Archiv d.ö.R.	Archiv des öffentlichen Rechts
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsge- richts (amtliche Sammlung)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts (amtliche Sammlung)
DAR	Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
f	folgend

ff	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht)
G	Gesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HandwO	Handwerksordnung
Hbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Jh.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
jur.Diss.	juristische Dissertation
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring: Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nachw.	Nachweise
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht, mit Band- und Seitenangabe: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (amtliche Sammlung)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rechtspfl.	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht in Zivilsachen
RGBL	Reichsgesetzblatt

RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
s.	siehe
S.	Seite
Seufferts Archiv	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte
Seufferts Blätter	Seufferts Blätter für die Rechtsanwendung (Zeitschrift)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WG	Wechselgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
zust.	zustimmend

Einleitung

Das Arbeitsrecht als das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer ¹⁾ weist keine eigenständige Legaldefinition des Arbeitsvertrages auf. Als Unterart des Dienstvertrages (§ 611 BGB) stellt er die Vereinbarung dar, durch die sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers ²⁾, der Arbeitgeber zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet ³⁾. Dieser Begriff ist gesetzlich nicht formuliert, sondern wurde in Lehre und Rechtsprechung entwickelt. Deren Aufgabe war es auch, die in einer Vielzahl von Gesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien ⁴⁾ zu einem einheitlichen Arbeitsrechtssystem zusammenzufassen. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe ist offensichtlich. Die Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen bedeutet auch unterschiedliche systematische Standorte. Die einzelnen Gesetze sind nicht gleichzeitig entstanden; die Wertungen des Gesetzgebers, die sich in der Norm verkörpern, sind je nach dem Entstehungszeitpunkt der Gesetze anders. Als weiterer erschwerender Umstand erweist sich, daß die für den Arbeitsvertrag in Betracht kommenden Regeln des BGB, namentlich des Allgemeinen Teils, nicht lediglich den Arbeitsvertrag betreffen, sondern nahezu alle vertraglichen Tatbestände erfassen sollen.

Die hierauf beruhenden Schwierigkeiten, die Diskrepanz

1) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 3; Nikisch Bd. I S. 1 ff; Schnorr v. Carolsfeld S. 1 ff; Sinzheimer S. 3; Bobrowski-Gaul S. 31.

2) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 115; Nikisch Bd. I S. 116; an dieser Stelle ist unerheblich, daß sich nach Auffassung Nikischs der Arbeitnehmer nur verpflichtet, in den Dienst des Arbeitgebers einzutreten.

3) Die Vergütungspflicht des Arbeitgebers wird bei der Definition des Arbeitsvertrages vielfach nicht genannt, vgl. Hueck a.a.O.; der Grund dafür mag die Selbstverständlichkeit der Vergütungspflicht sein. Dennoch gehört sie als wesentlichste Vertragspflicht des Arbeitgebers zur Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages. Dem entsprechen Sinzheimer S. 117; Lotmar Bd. I S. 32; Schnorr v. Carolsfeld S. 123.

4) §§ 611 ff BGB, 59 ff HGB, 105 ff GewO u.a.

zwischen den arbeitsrechtspolitisch wünschenswerten Ergebnissen und den bei buchstabengetreuer Anwendung der bürgerlichrechtlichen Normen eintretenden Rechtsfolgen ⁵⁾, bildeten Anlaß für die verschiedensten Rechtskonstruktionen. Darüber hinaus führten sie recht früh zu Bestrebungen nach einem speziell kodifizierten Arbeitsrecht, in dessen Rahmen gerade auch das Arbeitsvertragsrecht einheitlich und zusammenfassend geregelt werden sollte. Bereits die Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 enthielt einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag ⁶⁾. Er führte über Teilentwürfe - unter anderem den Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 ⁷⁾, auf dessen einschlägige Vorschriften noch zurückgegriffen wird - nicht hinaus. Auch der spätere Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis von 1938, erarbeitet vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, wurde nicht Gesetz ⁸⁾. Die neuerlichen Bestrebungen nach einer einheitlichen Kodifizierung des Arbeits-, insbesondere auch des Arbeitsvertragsrechts, haben greifbare Er-

-
- 5) Man denke etwa an die Anfechtbarkeit von Verträgen wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist grundsätzlich nicht erforderlich, daß der beim Getäuschten hervorgerufene Irrtum, wie bei § 119 Abs. 2 BGB, objektiv erheblich ist. Es ist aber - u.a. aus arbeitsrechtspolitischen Gesichtspunkten - nicht zu billigen, wenn so der auf Erlangung und Erhaltung eines Arbeitsplatzes angewiesene Arbeitnehmer durch entsprechende Fragen des Arbeitgebers bei der Einstellung gezwungen werden kann, seine gesamten persönlichen Verhältnisse ohne Rücksicht auf ihre Relevanz für die geplante Beschäftigung zu offenbaren (etwa Vorstrafen, Einzelheiten der Familienverhältnisse, Parteizugehörigkeit). Daher ist eine Einschränkung des Tatbestandes geboten (vgl. Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 67 ff; BAG in AP Nr. 2 zu § 123 BGB).
- 6) Art. 157 WRV: "Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht."
Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 117 f;
Erdsiek in NJW 1961 S. 648.
- 7) Wiedergabe in Reichsarbeitsblatt 1923 S. 498 ff.
Vgl. Hueck a.a.O.; Erdsiek a.a.O.
- 8) Wiedergabe i. Nr. 8 der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht (1938); vgl. ferner Hueck a.a.O. S. 21.

folge noch nicht hervorgebracht ⁹⁾. Wegen des Umfanges und der Schwierigkeit der Aufgabe wird das Gesetzeswerk auch in naher Zukunft kaum verwirklicht werden ¹⁰⁾.

Angesichts dessen bestehen die Schwierigkeiten, die sich aus der bisherigen Art der Regelung des Arbeitsvertrages ergeben, vorerst fort. Ihre Bewältigung bleibt der Rechtsprechung und Lehre vorbehalten. Die Wirkung der hierbei vertretenen Auffassungen beschränkt sich aber nicht auf die Entscheidung gegenwärtig bestehender Tatbestände nach geltendem Recht; die jetzt jeweils vorgenommenen Wertungen - seien sie streng an den Vorschriften des bürgerlichen Rechts orientiert, seien sie mehr rechtspolitischer Natur - werden nicht ohne Einfluß auf die Entwürfe und die endgültige Gestaltung des geplanten Arbeitsgesetzbuches sein.

Die Untersuchung des Einflusses der Normen über die Geschäftsfähigkeit auf Abschluß und Abwicklung des Arbeitsvertrages hat sich zunächst auf deren Geltungsanspruch und Umfang für den Arbeitsvertragsschluß zu erstrecken. Alsdann sind die Folgen der durch fehlende Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten bedingten Vertragsmängel zu ermitteln. Diese Feststellung führt zu der Frage, ob die nach den bürgerlichrechtlichen Regeln eintretenden Abwicklungsfolgen sachgerecht sind. Verneint man sie, so ist zu prüfen, ob und in welchem Um-

9) Durch einstimmigen Beschluß vom 2.12.1959 beauftragte der Bundestag die Bundesregierung mit der Einleitung der Vorarbeiten (vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 563 - Bd. 59, Nr. 1401 - Bd. 65). Damit folgt die Bundesrepublik Deutschland dem Beispiel von 22 anderen Staaten der freien Welt, die ein Arbeitsgesetzbuch geschaffen haben; vgl. Erdsiek a.a.O. S. 649. Zur Arbeitsrechtskodifikation in Mitteldeutschland s. das "Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik" vom 12.4.1961 (Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik I S. 27), das eine zusammenfassende und einheitliche Regelung des Arbeitsverhältnisses aufweist.

10) Zum Stand vgl. RdA 1964 S. 142, 258.

fang eine interressengemäße Lösung im Einklang mit dem geltenden Recht gefunden werden kann.

1. Kapitel Die Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung des Arbeitsvertragsschlusses und die Folgen ihres Fehlens nach den Regeln des BGB.

- I. Die Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung des Arbeitsvertragsschlusses.
 1. Während es für die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages vielfach spezielle Regelungen in Sondergesetzen gibt, fehlen sie für seine Rechtsgrundlage; er stellt eine Unterart des die Leistung von Arbeit betreffenden Dienstvertrages dar ¹¹⁾. Auf den Dienstvertrag finden die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB sowie die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung. Dieser Grundsatz wird zwar dahin eingeschränkt, daß die Bestimmungen, die der Eigenart des Arbeitsverhältnisses widersprechen, nicht gelten sollen ¹²⁾. Nach einhelliger Ansicht fallen die Regeln des BGB über das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit für den wirksamen Arbeitsvertragsschluß aber nicht unter diese Ausnahme ¹³⁾.
 2. Daraus ergeben sich im einzelnen folgende "persönlichen" Voraussetzungen für den Schluß des Arbeitsvertrages:
 - 2.1 Der geschäftsunfähige Arbeitnehmer (§§ 104, 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB) kann einen Arbeitsvertrag wirksam nur durch seinen gesetzlichen Vertreter abschließen. Seine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung ist schlechthin nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB).
 - 2.21 Ein beschränkt geschäftsfähiger Arbeitnehmer (§§ 106, 114, 6 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BGB) ist zum Abschluß eines

11) Wohl einhellige Meinung; vgl. statt aller Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 134 f; Nikisch Bd. I S. 159 ff.

12) Hueck a.a.O. S. 132 f; Nikisch a.a.O. S. 161 f; Bobrowski-Gaul S. 83; Kaskel-Dersch S. 4 f, 25; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 35 vor § 611; Denecke in RGRK, Anm. 15 vor § 611.

13) Vgl. statt aller Hueck a.a.O. S. 172; Nikisch Bd. I S. 178; Bobrowski-Gaul S. 86; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 56 f zu § 611.

Arbeitsvertrages durch eigene Willenserklärung zwar in der Lage. Diese bedarf zu ihrer Wirksamkeit aber der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§§ 107, 108 BGB). Fehlt sie, ist der Vertrag schwebend, wird sie verweigert, ist er endgültig unwirksam.

- 2.22 Der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum einzelnen Arbeitsvertragsschluß bedarf es nicht, wenn der beschränkt Geschäftsfähige zum selbständigen Eintritt in Dienst oder Arbeit ermächtigt worden ist (§ 113 BGB). Im Rahmen dieser Ermächtigung ist er voll geschäftsfähig ¹⁴⁾. Die erweiterte Geschäftsfähigkeit erfaßt auch die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages. Abreden, die an sich zum zulässigen Inhalt eines Arbeitsvertrages gehören, werden jedoch nicht von der Ermächtigung gedeckt, wenn sie verkehrsunüblich oder außergewöhnlich sind ¹⁵⁾. Ferner kann der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung von vornherein beschränken ¹⁶⁾. Lediglich solche Beschränkungen, die dem beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer keinerlei Entschlußfreiheit für die Vertragsgestaltung mehr belassen, sind ausgeschlossen ¹⁷⁾; bei ihnen wird nicht mehr eine Ermächti-

14) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 174; Bobrowski-Gaul S. 86

15) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 174 f; Nikisch Bd. I S. 179 Anm. 4; Soergel-Hefermehl, Anm. 4 zu § 113; LAG Berlin in AP Nr. 1 zu § 113 BGB; vgl. ferner RAG in ARS Bd. 2 S. 282, 284 (Ver Vereinbarung einer Wettbewerbsklausel); BAG in AP Nr. 1 zu § 113 BGB; BAGE Bd. 15 S. 335, 339 ff. Der Fall des mit einem Handlungsgehilfen oder einem gewerblichen Angestellten i.S. des § 133 a GewO vereinbarten Wettbewerbsverbots gehört nicht hierher, da ein solches bei Minderjährigkeit des Arbeitnehmers trotz Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nichtig ist (§§ 74 a Abs. 2 S. 2 HGB, 133 f Abs. 2 GewO); vgl. Schlegelberger-Schröder, Anm. 7 zu § 74 a.

16) Vgl. Certmann, Anm. 3 zu § 113; Staudinger-Going, Anm. 7 zu § 113; Hueck a.a.O. S. 174.

17) Vgl. Erman-Westermann, Anm. 3 zu § 113; RAGE Bd. 3 S. 221, 223; Soergel-Hefermehl, Anm. 3 zu § 113.

gung, sondern eine Einwilligung zum einzelnen Vertragsschluß erteilt. Das wäre etwa der Fall, wenn der gesetzliche Vertreter dem Arbeitnehmer vorschreibt, bei wem, in welcher Funktion und zu welchen Bedingungen er arbeiten soll. Bedeutung hat diese Abgrenzung für die Frage, ob ein später vom Arbeitnehmer geschlossener Vertrag nach § 113 Abs. 1, 4 BGB wirksam ist.

Umstritten ist, ob auch der Gewerkschaftsbeitritt des beschränkt Geschäftsfähigen von der Ermächtigung gedeckt wird¹⁸⁾. Der Wortlaut des § 113 BGB gibt keinen sicheren Anhalt für die Lösung dieser Frage. Entscheidend ist aber, daß die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages, die von der nach § 113 BGB erweiterten Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers mitefaßt wird, weitgehend von der Gewerkschaftszugehörigkeit abhängt. Die Unabdingbarkeit der Tariflöhne kommt bei nicht allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nur den Mitgliedern der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft zugute. Selbst wenn der nicht organisierte beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer bei Abschluß des Arbeitsvertrages auf Zahlung des Tariflohnes bestünde, würde hieraus ohne eine zusätzliche Vereinbarung kein Anspruch auf Lohnerhöhung bei einer Anhebung der Tariflöhne folgen¹⁹⁾. Noch weitergehend wäre die auf den Vertragsinhalt bezogene Gestaltungsmöglichkeit des nicht organisierten Arbeitnehmers beschränkt, wenn die von der Gewerkschaftsseite angestrebten Tariffifferenzierungen zugunsten von Gewerkschaftsmitgliedern (Tarifausschlußklauseln, Differenzierungsklauseln, Spannenklauseln, Urlaubskassen) für

18) Zur bejahenden Ansicht s. LG Essen in AP Nr. 3 zu § 113 BGB; LG Frankenthal in DB 1966 S. 586; LG Düsseldorf in DB 1966 S. 587; Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 113; Soergel-Hefermehl, Anm. 4 zu § 113; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II 1. Hbd. S. 126 Anm. 4; Farthmann in NJW 1963 S. 1982 f.

Verneinend LG Frankfurt in AP Nr. 2 zu § 113 BGB; Nikisch Bd. II S. 23; Palandt-Danckelmann, Anm. 4 zu § 113.

19) Vgl. hierzu Hueck-Nipperdey-Tophoven-Stahlhacke, Anm. 5 ff zu § 3 TarifvertragsG mit weiteren Nachw.

zulässig erachtet werden sollten ²⁰⁾. Wegen des weitreichenden Einflusses der Gewerkschaftszugehörigkeit auf den Inhalt des Arbeitsvertrages und der mit § 113 BGB erstrebten Selbständigkeit des beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmers bei Abschluß und Gestaltung des Arbeitsvertrages ist sonach auch der Gewerkschaftsbeitritt zu den Rechtsgeschäften zu zählen, welche die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses betreffen ²¹⁾.

Einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 113 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 1822 Nr. 5, 7 BGB zum Gewerkschaftsbeitritt des beschränkt Geschäftsfähigen bedarf es im Regelfall nicht. Nr. 7 der genannten Bestimmung ist schon deshalb nicht anwendbar, weil die Begründung der Gewerkschaftsmitgliedschaft kein Dienst- oder Arbeitsverhältnis schafft. § 1822 Nr. 5 BGB ist zwar auch auf die Begründung eines Mitgliedschaftsverhältnisses anwendbar ²²⁾; seine Voraussetzungen sind jedoch nur selten erfüllt. Das Genehmigungserfordernis besteht für Verträge, die eine Verpflichtung für längere Zeit als ein Jahr nach Vollendung des 21. Lebensjahres begründen. Sofern, was überwiegend in den Satzungen der Gewerkschaften festgesetzt ist, der Austritt innerhalb einer Jahres-

20) Vgl. den Vorlagebeschluß des BAG in RdA 1967 S. 160 (Leitsätze), demnächst in AP Nr. 12 zu Art. 9 GG, auf den hin der Große Senat des BAG durch Beschluß vom 29. 11. 1967 entschieden hat, daß in den Tarifverträgen zwischen den bei der vertragsschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern nicht differenziert werden darf, s. RdA 1968 S. 39 f (Leitsätze), demnächst in AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

21) Farthmann in NJW 1963 S. 1983; LG Essen in AP Nr. 3 zu § 113; ihm folgend LG Frankenthal in DB 1966 S. 586 f, LG Düsseldorf in DB 1966 S. 587; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II 1. Hbd. S. 126 Anm. 4.

22) A.A. allerdings LG Essen a.a.O., wonach § 1822 Nr. 5 BGB durch Nr. 7 der Regelung als lex specialis ausgeschlossen wird. Dagegen ist aber einzuwenden, daß die Begründung der Gewerkschaftszugehörigkeit grundsätzlich unabhängig vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses ist und deshalb einer gesonderten rechtlichen Behandlung bedarf.

frist möglich ist, besteht keine Verpflichtung i. S. des § 1822 Nr. 5 BGB²³⁾. Es gibt auch keinen Grund, die Vorschrift trotz der Austrittsmöglichkeit des Gewerkschaftsmitgliedes anzuwenden. Die Bedenken, die der BGH gegen die Genehmigungsfreiheit eines unter § 1902 Abs. 2 BGB fallenden, jedoch kündbaren, Lebensversicherungsvertrages vorgebracht hat²⁴⁾, greifen hier nicht durch. Sie beruhen darauf, daß der Leistungsaustausch innerhalb eines Lebensversicherungsverhältnisses auf den gesamten vereinbarten Vertragszeitraum angelegt ist und zudem bei vorzeitiger Kündigung ein Teil der Prämien verlorengelht, so daß diese zu einer Benachteiligung des Vertretenen führt²⁵⁾. Die Zugehörigkeit zur Gewerkschaft dagegen bleibt in ihrem "Wert" gleich, ohne Rücksicht darauf, ob sie kurz- oder langfristig ist. Soweit allerdings in Einzelfällen die Austrittsregelung in Gewerkschaftssatzungen eine Mitgliedschaft für ein Jahr über Vollendung des 21. Lebensjahres hinaus erforderlich macht, besteht die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sowohl für den unter Vormundschaft als auch den unter der elterlichen Gewalt stehenden Minderjährigen (§ 1822 Nr. 5, § 1634 Abs. 1 BGB)²⁶⁾.

Der gesetzliche Vertreter kann durch eine entsprechende Einschränkung der Ermächtigung die Wirksamkeit des Gewerkschaftsbeitritts von seiner Zustimmung nach §§ 107, 108 BGB abhängig machen. Diese Beschränkung wird durch die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 9

23) Vgl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II 1. Hbd. S. 126 Anm. 4; LG Essen in AP Nr. 3 zu § 113 BGB; Woltereck in AuR 1965 S. 237, 241.

24) BGHZ Bd. 28 S. 78, 81.

25) BGH a.a.O. S. 82 f.

26) Woltereck a.a.O. S. 237 f; s. zu den Satzungsge-
staltungen auch dortige Anm. 50.

Abs. 3 GG nicht ausgeschlossen ²⁷⁾. Zwar lassen sich das Grundrecht auf Beitritt zur Koalition und die zivilrechtlichen Voraussetzungen des Gewerkschaftsbeitritts nicht in der Weise trennen, daß letztere von der verfassungsrechtlichen Regelung unberührt bleiben ²⁸⁾. Erfordert die Verwirklichung der Koalitionsfreiheit die Rechtswirksamkeit des Beitrittsgeschäfts, dann müßten die ihr hinderlichen Regelungen des einfachen Gesetzesrechts dem Verfassungsrecht weichen. Die aus §§ 113 Abs. 2, 106 ff BGB folgende Begrenzung der Ausübung der Koalitionsfreiheit durch den beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer rechtfertigt sich aber aus dem GG selbst. Mit dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG kollidiert das Elterngrundrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG, das auch die Persönlichkeitsbildung des Minderjährigen umfaßt ²⁹⁾. Die Lösung der Kollision richtet sich mangels -zulässiger- Spezialregelungen mit dem Rang einfacher Gesetzenormen nach den Vorschriften des BGB als Auffangbestimmungen ³⁰⁾. Hieraus ergibt sich das Recht des gesetzlichen Vertreters, durch eine Einschränkung der Ermächtigung des § 113 BGB über den Gewerkschaftsbeitritt des beschränkt Geschäftsfähigen zu bestimmen.

- 2.23 Fehlt eine Ermächtigung nach § 113 BGB oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum einzelnen Arbeitsvertragsschluß, so ist eine Heilung der Unwirksamkeit des Vertrages durch seine Erfüllung nach § 110 BGB nicht möglich. Die Arbeitskraft ist kein "Mittel" i.S. dieser Vor-

27) LG Essen a.a.O.; LG Frankenthal in DB 1966 S. 586 f; LG Düsseldorf in DB 1966 S. 587; Nikisch Bd. II S. 23; Woltereck in AuR 1965 S. 193, 196 f. A.A. aber Nipperdey a.a.O.; H. Krüger in FamRZ 1956 S. 329, 332; wohl auch Farthmann in NJW 1963 S. 1983.

28) So aber LG Essen in AP Nr. 3 zu § 113 BGB; Nikisch Bd. II S. 23; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II (6. Aufl.) S. 93 Anm. 4.

29) Woltereck in AuR 1965 S. 193, 195 f.

30) So mit eingehender Begründung und Nachweisen Woltereck a.a.O.

schrift ³¹⁾. Die Anordnung der Wirksamkeit des Vertrages in § 110 BGB beruht auf der Vorstellung, daß in der Überlassung des Erfüllungsgegenstandes zu einem bestimmten Zweck oder zur freien Verfügung die konkludent erklärte Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in die rechtsgeschäftliche Disposition des beschränkt Geschäftsfähigen zu sehen ist ³²⁾. Auf einen solchen Erklärungsinhalt kann aus der faktischen Verfügungsmöglichkeit nur dann geschlossen werden, wenn eine ebenso wahrscheinliche entgegengesetzte Deutungsmöglichkeit nicht besteht. Die Tatsache, daß der beschränkt Geschäftsfähige seine Arbeitskraft verwertet, läßt einen Schluß auf die Einstellung des gesetzlichen Vertreters zu diesem Vorgang nicht zu. Der gesetzliche Vertreter kann hier nicht, wovon Wortlaut und Sinn des § 110 BGB sonst ausgehen, seinen Willen gegen den Vertragsschluß dadurch bekunden, daß er dem beschränkt Geschäftsfähigen die zur Erfüllung notwendigen Mittel (die Arbeitskraft) entzieht. Daher gilt § 110 BGB nicht für die hier behandelten Sachverhalte.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht ³³⁾ ist § 110 BGB auch nicht analog auf die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses anzuwenden. Zum Teil stellen die Vertreter dieser Auffassung darauf ab, daß der beschränkt Geschäftsfähige den an sich unwirksamen Vertrag mit den ihm "von der Natur gegebenen Mitteln" erfüllt hat und sich die immateriellen Leistungen nicht rückgängig machen

31) Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 9 zu § 110; Soergel-Hefermehl, Anm. 6 zu § 110; Riezler: Venire contra factum proprium S. 135.

32) Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 1 zu § 110; Staudinger-Coing, Anm. 1 zu § 110; Soergel-Hefermehl, Anm. 1 zu § 110; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 199; RGZ Bd. 74 S. 234, 235.

33) Oertmann, Anm. 7 zu § 110 mit weiteren Nachw.; Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 9 zu § 110; Erman-Westermann, Anm. 1 zu § 110; Enneccerus-Nipperdey Bd. II § 152 II 3 b; Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB S. 190; für den Fall gelegentlicher Tätigkeit des Minderjährigen auch Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 152; mit Einschränkung ferner Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 110.

lassen ³⁴⁾. Teilweise fordert man, daß der gesetzliche Vertreter der Arbeitsleistung zwar im konkreten Fall nicht zugestimmt, aber dem beschränkt Geschäftsfähigen volle Freiheit gelassen hat ³⁵⁾ bzw. mit der Ausnutzung der Freizeit zu entgeltlicher Tätigkeit einverstanden war ³⁶⁾.

Bei Belassen der vollen Freiheit bzw. dem Einverständnis mit entgeltlicher Arbeit handelt es sich jedoch nicht um den Tatbestand des § 110 BGB. Hier liegt vielmehr eine -auch konkludent erklärbare ³⁷⁾- Ermächtigung i.S. des § 113 BGB oder eine Zustimmung zu der dem gesetzlichen Vertreter im konkreten Fall bekannten Tätigkeit vor.

Auch in den übrigen Fällen ist eine analoge Anwendung des § 110 BGB ausgeschlossen. Nicht die Erfüllung des Vertrages, sondern das stillschweigende Einverständnis des gesetzlichen Vertreters mit ihr ist nach dieser Vorschrift für die Wirksamkeit des Vertrages maßgebend ³⁸⁾. Die allein an die Erfüllung des Arbeitsvertrages anknüpfende Auffassung wird der Voraussetzung der Analogie, der Gleichheit einerseits des Grundgedankens des gesetzlichen Tatbestandes und andererseits des zu regelnden Sachverhaltes ³⁹⁾, nicht gerecht. Darüber hinaus müßte

34) Krüger-Nieland in RGRK a.a.O.; Staudinger-Coing a.a.O. mit weiteren Nachw.

35) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; ihm folgend Lehmann-Hübner a.a.O.

36) Erman-Westermann a.a.O.

37) Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 113.

38) Besonders eingehend Staudinger-Coing, Anm. 1 zu § 110, wo von einer präsumtiven Zustimmung gesprochen wird; vgl. ferner oben Anm. 32; anscheinend abweichend aber Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 151.

39) Zu dieser Voraussetzung der Analogie vgl. Engisch: Einführung in das juristische Denken S. 143 f; Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 293; Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 58 II 1 a.

man folgerichtig entsprechend § 110 BGB den Arbeitsvertrag auch zu Lasten des beschränkt Geschäftsfähigen als wirksam behandeln und letzterem die vertraglichen Pflichten auferlegen⁴⁰⁾. So könnte z.B. der beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer in einer das Entgelt übersteigenden Höhe für positive Forderungsverletzungen (etwa auf Grund fahrlässiger schlechter Beratung eines Kunden des Arbeitgebers) haften. Soweit man eine solche Lösung vertritt⁴¹⁾, setzt man sich zu dem aus § 107 BGB ersichtlichen Schutzprinzip in Widerspruch⁴²⁾. Lehnt man dagegen eine vertragliche Pflichtenstellung ab⁴³⁾, handelt es sich nicht mehr um eine analoge Anwendung des § 110 BGB. Letztere ist daher ausgeschlossen⁴⁴⁾.

Der vom beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Vertrag ist sonach in jedem Fall unwirksam.

40) Zur Gleichheit der Rechtsfolgen bei Verschiedenheit der Sachverhalte als Merkmal der Analogie s. Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 58 II 1 - 3; Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 293.

41) Insofern konsequent Enneccerus-Nipperdey Bd. II § 152 II 3 b; Erman-Westermann, Anm. 1 zu § 110; Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB S. 190.

42) Bei Staudinger-Coing a.a.O. wird möglicherweise deshalb das dort vertretene Ergebnis auch mit der Forderung von Treu und Glauben begründet. Inwieweit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach dem Verbot des *venire contra factum proprium* dem nicht voll Geschäftsfähigen Ansprüche zugebilligt werden müssen, braucht im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Vertrages entsprechend § 110 BGB nicht behandelt zu werden.

43) So Oertmann, Anm. 7 zu § 110; offenbar auch Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 110; offen Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 9 zu § 110, wo zu den vertraglichen Pflichten des beschränkt Geschäftsfähigen nicht Stellung genommen wird.

44) Soergel-Seydel (9. Aufl.), Anm. 3 zu § 110; offenbar auch Nikisch Bd. I S. 218, sowie Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 87.

2.24 Über die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters hinaus erfordert nach § 1822 Nr. 7 BGB ein Arbeitsvertrag, durch den ein unter Vormundschaft stehender Minderjähriger für längere Zeit als ein Jahr zur Arbeitsleistung verpflichtet werden soll, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Das gleiche gilt nach § 1897 BGB für einen unter Vormundschaft stehenden Volljährigen. Außerdem kommt bei Arbeitsverträgen mit Minderjährigen, wenn eine auf länger als ein Jahr nach Vollendung des 21. Lebensjahres erstreckte Arbeitsverpflichtung begründet werden soll, das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 5 BGB in Betracht ⁴⁵⁾, und zwar nach § 1643 Abs. 1 BGB auch für unter elterlicher Gewalt stehende Minderjährige. Man denke an den Fall, daß ein 19jähriger mit Einverständnis seiner Eltern einen Arbeitsvertrag schließt, der auf drei Jahre nicht kündbar sein und so eine Arbeitsverpflichtung des Minderjährigen über Vollendung des 22. Lebensjahres hinaus begründen soll. Zu Unrecht wird unter Hinweis auf die in § 1822 Nr. 7 BGB zum Dienst- und Arbeitsvertrag enthaltene Regelung bestritten ⁴⁶⁾, daß § 1822 Nr. 5 BGB für einen solchen Vertrag gilt. Die in Nr. 7 getroffene Regelung stellt gegenüber der in Nr. 5 ausgesprochenen Anordnung keine lex specialis dar; Nr. 5 ist hier auch nicht zu entbehren, weil sie den besonderen, von Nr. 7 nicht geregelten Fall der Bindung des minderjährigen Arbeitnehmers noch ein Jahr über die Erlangung der vollen Geschäfts- und Entscheidungsfähigkeit hinaus erfaßt ⁴⁷⁾.

45) Lotmar Bd. I S. 251; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 175 Anm. 17; Nikisch Bd. I S. 178; Enneccerus-Nipperdey Bd. II § 151 Anm. 20; Soergel-Germer, Anm. 36 zu § 1822; Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis II D II 1.

46) RAG in ARS Bd. 3 S. 164, 166; Kaskel in JW 1929 S. 1263; Scheffler in RGRK, Anm. 22 zu § 1822; Palandt-Lauterbach, Anm. 6 zu § 1822; Erman-Hefermehl, Anm. 5 zu § 1822.

47) So Soergel-Germer a.a.O. und die in vorstehender Anm. 45 genannten Vertreter dieser Ansicht.

Das Fehlen der in den genannten Fällen erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts macht den Arbeitsvertrag schwebend, ihre Verweigerung macht ihn endgültig unwirksam (§ 1829 BGB) ⁴⁸⁾.

- 2.25 Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nicht wirksam, sei es, weil der beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer die Grenzen der Ermächtigung überschritten hat, sei es, weil ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts die in § 1822 Nr. 5, 7 BGB genannte Vertragsdauer überschritten worden ist, so fragt es sich, welche Rechtsfolgen für den übrigen Vertragsteil eintreten. Nach § 139 BGB müßte der gesamte Vertrag nichtig sein, sofern die Parteien ihn nicht auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Die Ermittlung des hierauf bezogenen Willens der Parteien müßte von der Vermutung ausgehen, daß die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages gewollt wäre ⁴⁹⁾. Infolgedessen käme man regelmäßig zur unbeschränkten Unwirksamkeit des Vertrages ⁵⁰⁾.

Allerdings stellen Lehre und Rechtsprechung zunehmend bei Ermittlung des Parteiwillens nicht primär auf deren subjektive Vorstellungen, sondern auf objektive, dem geschlossenen Vertrag selbst zu entnehmende Kriterien ab ⁵¹⁾. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, ob die nach den gesamten Umständen vorzunehmende Abwägung der im Vertrag gestalteten Interessen es gestattet, die Vertragsziele mittels des Restvertrages ohne Interessenverschiebung zu erreichen ⁵²⁾. Damit lassen sich Arbeitsverträge, die unter § 1822 Nr. 5, 7 BGB fallen, für die

48) Vgl. Soergel-Germer, Anm. 2, 12 zu § 1829; Scheffler in RGRK, Anm. 3 zu § 1829.

49) Soergel-Hefermehl, Anm. 16 zu § 139; Staudinger-Going, Anm. 13 zu § 139.

50) So auch die Rechtsprechung des RAG; vgl. Scholz: Die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht S. 6 ff mit eingehenden Nachw.

51) Erman-Westermann, Anm. 6 zu § 139; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 579; Soergel-Hefermehl, Anm. 19 zu § 139; BAGE Bd. 1 S. 258, 271 mit weiteren Nachw.

52) Erman-Westermann a.a.O.

ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zulässige Vertragsdauer aufrechterhalten, wenn dem Zeitpunkt bei Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers keine entscheidende Bedeutung zukommt⁵³⁾. Entsprechendes gilt für die Unwirksamkeit einer Wettbewerbsklausel, sofern dem Arbeitgeber durch ihren Wegfall die Erfüllung des Arbeitsvertrages nicht unzumutbar wird⁵⁴⁾.

Ob man aber ohne Rücksicht auf die beiderseitige Interessenlage aus dem Schutzzweck der Normen, welche den Anlaß zur Teilnichtigkeit geben, die Anwendung des § 139 BGB auf die vorliegenden Fälle generell verneinen und den Restvertrag in seinem Bestand unberührt lassen kann, erscheint zweifelhaft. Zwar hat man für Tatbestände, in denen ein gesetzliches Verbot bestimmter Abreden den Schutz eines der Beteiligten bezweckt, angenommen, daß -dem Schutzzweck entsprechend- die Nichtigkeit auf die schutzwidrige Klausel beschränkt bleiben müsse⁵⁵⁾. Dem ist auch zuzustimmen, weil hier die Interessen des Arbeitgebers an der Nichtigkeit des gesamten Vertrages nicht schutzwürdig sind. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen,

53) Vgl. Flume a.a.O. S. 574; im Ergebnis auch RAG in ARS Bd. 37 S. 44, 53 mit zustimmender Anm. von Hueck (dasselbst S. 58 f) für den in etwa gleichgelagerten Fall des minderjährigen Arbeitgebers; vgl. ferner RAG in JW 1933 S. 239, 240; RGZ Bd. 82 S. 124, 125; Soergel-Germer, Anm. 37 zu § 1822; Scheffler in RGRK, Anm. 25 zu § 1822; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 173 Anm. 6; BGH in NJW 1962 S. 734.

54) So - ohne Beschränkung auf die Zumutbarkeit der Vertragserfüllung - Schlegelberger-Schröder, Anm. 17 zu § 74 HGB; RGZ Bd. 146 S. 116, 119.

55) Vgl. Soergel-Hefermehl, Anm. 25 zu § 139; Flume a.a.O. S. 576; Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 139; Staudinger-Coing, Anm. 16 zu § 139; Schlegelberger-Schröder, Anm. 17 zu § 74 HGB; Hueck in Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 186; Nikisch Bd. I S. 192; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 96, 99 zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 33 zu § 611; vgl. ferner die Darstellung bei Scholz: Die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht S. 13 ff.
Aus der Rechtsprechung s. RGZ Bd. 146 S. 116, 119; BAGE Bd. 1 S. 128, 133 (Kettenarbeitsvertrag); Bd. 1 S. 136, 139 (Unzulässige Befristung des Arbeitsvertrages); Bd. 4 S. 274, 286 (Zölibatsklausel); BAG in NJW 1964 S. 174 (Gratifikationsrückzahlung); BGH in NJW 1964 S. 350 (Verstoß gegen § 89 HGB).

die als solche wegen Gesetzesverstoßes oder Sittenwidrigkeit unzulässig sind. Der Arbeitgeber hätte sie mit keinem vergleichbaren Arbeitnehmer treffen können. Dann fehlt eine Rechtfertigung dafür, daß gerade dieser Arbeitsvertrag insgesamt nichtig sein soll, während der Arbeitgeber, kontrahiert er mit einem anderen Arbeitnehmer, dieses nur in den Grenzen des zulässigen Restvertrages könnte. In derartigen Fällen könnte man sogar bei Anwendung des § 139 BGB und einer objektiv orientierten Ermittlung des Willens des Arbeitgebers⁵⁶⁾ zur Aufrechterhaltung des Restvertrages gelangen⁵⁷⁾. Ist dagegen - wie in den hier behandelten Sachverhalten - ein Teil des Arbeitsvertrages lediglich wegen der Beschränkung der Ermächtigung nach § 113 BGB oder fehlender vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung unwirksam, so besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit, die hier nicht wirksame Abrede mit einem entsprechenden Arbeitnehmer rechtswirksam zu treffen. Hier kann man nicht allein auf den Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen abstellen und die Interessen des Arbeitgebers völlig zurücksetzen, zumal der Arbeitgeber bei Aufrechterhaltung des Restarbeitsvertrages mit dem von der Unwirksamkeit nicht betroffenen Inhalt auch noch für die Zukunft gebunden wäre⁵⁸⁾. Vielmehr kommt es darauf an, ob auch bei Wegfall des nichtigen Vertragsteils das Interesse des Arbeitgebers die Erfüllung des

56) S. dazu Anm. 51.

57) In diesem Sinne wohl BAG in NJW 1964 S. 174, wenn es dort heißt, es spreche in der Regel eine Vermutung dafür, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die Gratifikationsrückzahlungsklauseln mit dem gültigen Inhalt gewollt haben würden.

58) Zu dieser Konsequenz vgl. die in Anm. 55 genannten Entscheidungen.
So müßte beispielsweise der Arbeitgeber einen beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer, dessen gesetzlicher Vertreter bei der Ermächtigung nach § 113 Abs. 2 BGB die Vereinbarung einer Wettbewerbsklausel ausgenommen hat, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterbeschäftigen und ihm so u.U. noch die Möglichkeit bieten, Betriebsgeheimnisse kennenzulernen.

Restvertrages zuläßt, was sich nur aus dem Inhalt des jeweils geschlossenen Vertrages sowie seiner tatsächlichen Grundlage ermitteln läßt. Führt diese Beurteilung zu einem negativen Ergebnis, so ist der gesamte Vertrag nach § 139 BGB von Anfang an unwirksam⁵⁹⁾.

- 2.3 Wie auf der Arbeitnehmerseite ist auch für den Arbeitgeber zum wirksamen Arbeitsvertragsschluß die Geschäftsfähigkeit erforderlich.
- 2.4 Der vom geschäftsunfähigen Arbeitgeber (§§ 104, 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB) allein geschlossene Arbeitsvertrag ist nichtig (§ 105 BGB).
- 2.51 Die Wirksamkeit eines Arbeitsvertrages, der durch den beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgeber (§§ 106, 114, 6 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BGB) ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen wurde, hängt von dessen Genehmigung ab (§ 108 BGB). Wird die Genehmigung verweigert, ist der bis dahin schwebend unwirksame Vertrag endgültig unwirksam.

Die Genehmigung kann auch in einem stillschweigenden Dulden der Beschäftigung des Arbeitnehmers durch den gesetzlichen Vertreter des Arbeitgebers liegen⁶⁰⁾. Dem bloßen Stillschweigen kommt zwar in der Regel kein Erklärungsgehalt zu, aus dem auf einen Genehmigungswillen geschlossen werden kann⁶¹⁾. Erst das Unterlassen einer

59) Scholz a.a.O. S. 59; vgl. ferner Nikisch Bd. I S. 192 mit Anm. 65, wo für den Fall einer formnichtigen Wettbewerbsklausel das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages für Überwiegend gehalten wird. Die dort i.S. einer Gegenmeinung angeführte Entscheidung RGZ Bd. 146 S. 116, 119 dürfte dem nicht widersprechen, da es sich in dieser um eine inhaltlich nicht zulässige -weil sittenwidrige- Wettbewerbsklausel handelte.

60) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 191; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; zur Möglichkeit der Genehmigung durch schlüssiges Verhalten ferner Soergel-Hefermehl, Anm. 3 zu § 108; Erman-Westermann, Anm. 3 zu § 108; Staudinger-Coing, Anm. 6 zu § 182; BAG in AP Nr. 1 zu § 90 a HGB mit Anm. von Hefermehl.

61) Soergel-Hefermehl, Anm. 10 vor § 116; Erman-Westermann, Anm. 2 vor § 116; Staudinger-Coing, Anm. 5 vor § 116.

erwarteten und nach Treu und Glauben geforderten Erklärung gestattet den Schluß auf ein Einverständnis mit dem vom Erklärungsempfänger beabsichtigten Rechtszustand⁶²⁾. So kann vor allem das bloße Stillschweigen auf ein Vertragsangebot allgemein nicht als Annahmeerklärung verstanden werden⁶³⁾. Ebenso läßt sich dem lediglich passiven Verhalten des gesetzlichen Vertreters bei Kenntnisnahme von einem ohne seine Zustimmung geschlossenen Vertrag nicht das Einverständnis mit diesem Rechtsgeschäft entnehmen. Dagegen läßt sich auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schließen, wenn er die Erfüllung des nicht wirksamen Arbeitsvertrages bemerkt und duldet: In diesem Fall kann man sein Verhalten dahin auffassen, daß er mit dem wahrgenommenen Zustand einverstanden ist, da als übliche Reaktion ein Widerspruch gegen die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu erwarten wäre⁶⁴⁾. Das wäre etwa der Fall, wenn ein minderjähriger Handelsvertreter ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine Schreibkraft einstellt, diese in dem Haus seiner Eltern beschäftigt und sie keine Einwände erheben. Damit die Duldung Genehmigungswirkung hat, muß aber der gesetzliche Vertreter gewußt oder zumindest mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß der Arbeitsvertrag unwirksam ist⁶⁵⁾.

- 2.52 Das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters entfällt, wenn er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den beschränkt Geschäftsfähigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt hat (§ 112 Abs. 1 S. 1 BGB). Die hieraus für den betreffenden Betrieb resultierende unbeschränkte Geschäftsfähigkeit umfaßt auch den Abschluß von Arbeitsverträgen, soweit sie zu der gestatteten gewerblichen Tätigkeit ge-

62) Vgl. Soergel-Hefermehl a.a.O.

63) Erman-Hefermehl, Anm. 3 zu § 147 mit weiteren Nachw.

64) In diesem Sinne offenbar Hueck a.a.O. S. 191; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611.

65) Soergel-Hefermehl, Anm. 3 zu § 108 mit weiteren Nachw.; BGHZ Bd. 2 S. 150, 152 f; BAG in AP Nr. 1 zu § 90 a HGB.

hören ⁶⁶⁾. Bei Fehlen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sind die vom beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgeber selbständig geschlossenen Arbeitsverträge - trotz der ihm durch den gesetzlichen Vertreter erteilten Ermächtigung - schwebend unwirksam. Etwas anderes gilt nur, wenn sich für den konkreten Vertragsschluß eine Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters feststellen läßt ⁶⁷⁾, die auch durch stillschweigendes Dulden der Beschäftigung des Arbeitnehmers geäußert werden kann ⁶⁸⁾. Ein auf Zustimmung zum einzelnen Arbeitsvertragsschluß gerichtetes bewußtes Verhalten des gesetzlichen Vertreters scheidet aber aus, wenn er nach Erteilung der Ermächtigung die Geschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen für wirksam hält. In diesen Fällen fehlt es an einem entsprechenden Genehmigungsbewußtsein ⁶⁹⁾.

- 2.53 Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers kann eine Wirksamkeit des Arbeitsvertrages nach § 110 BGB in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassenen Geldmitteln entlohnt. Zwar wird ein derartiger Fall selten sein, da bei einem solchen Sachverhalt fast stets eine Zustimmung nach § 107 BGB anzunehmen ist. Denkbar wäre aber, daß der beschränkt geschäftsfähige Arbeitgeber mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine Beschäftigung ausübt (z.B. die eines Handelsvertreters), bei der er Hilfspersonal einstellt, und der gesetzliche Vertreter damit einverstanden ist, wenn und soweit die Erträge oder etwaiger Aufwendungsersatz den beschränkt geschäftsfähigen Arbeit-

66) Nikisch Bd. I S. 179; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 173.

67) Eine Einwilligung schon in der nach § 112 BGB erteilten Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter zu erblicken, ist nicht zulässig, da ein derartiger Generalkonsens für einen Kreis nicht überschaubarer Geschäfte abzulehnen ist, Staudinger-Going, Anm. 8 zu § 112.

68) Hierzu vgl. S. 17 f mit dortigen Nachw.

69) Vgl. Anm. 65.

geber in die Lage versetzen, anfallende Lohnansprüche zu befriedigen. Hier ist der Tatbestand des § 112 BGB mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nicht erfüllt. Es fehlt andererseits aber auch an der unbeschränkten, konkreten Zustimmung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages durch den beschränkt Geschäftsfähigen als Arbeitgeber. Daher kann die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages allein aus § 110 BGB folgen, dessen Voraussetzungen hier auch erfüllt sind. Nach § 110 BGB ist jedoch nur der Teil des Arbeitsverhältnisses wirksam, für den der beschränkt geschäftsfähige Arbeitgeber den Lohn bereits gezahlt hat, da die Gültigkeit von der erfolgten Erfüllung durch den beschränkt Geschäftsfähigen abhängt⁷⁰⁾. Für den sich daran anschließenden Zeitraum ist, selbst wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bereits erbracht hat, der Arbeitsvertrag unwirksam.

- 2.54 Arbeitsverträge, die den minderjährigen Arbeitgeber über die Vollendung des 21. Lebensjahres hinaus binden sollen, bedürfen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1822 Nr. 5 BGB). Das gilt nach § 1643 Abs. 1 BGB auch für den unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen sowie auch dann, wenn ihm eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt worden ist (§ 112 Abs. 1 S. 2 BGB).

Die ohne erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung geschlossenen und hinsichtlich der vereinbarten Vertragsdauer somit schwebend oder endgültig unwirksamen Arbeitsverträge können für den zulässigen Zeitraum, d.h. für die Zeit bis zur Vollendung des 22. Lebensjahres des Arbeitgebers, gültig sein⁷¹⁾. So verhielte es sich etwa, wenn ein 20jähriger Kaufmann einen Handlungsgehilfen auf drei Jahre einstellen würde; der Arbeitsvertrag könnte ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur bis zur Vollendung des 22. Lebensjahres des Arbeitgebers gültig

70) Staudinger-Coing, Anm. 3 zu § 110; Soergel-Hefermehl, Anm. 2, 3 zu § 110; Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 110; Palandt-Danckelmann, Anm. 4 zu § 110.

71) RAG in ARS Bd. 37 S. 44, 53 mit zustimmender Anm. von Hueck daselbst S. 68 ff; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 173 Anm. 6; Soergel-Germer, Anm. 37 zu § 1822; Scheffler in RGRK, Anm. 25 zu § 1822.

sein. Entgegen der in § 139 BGB enthaltenen Auslegungsregel wird aber wohl stets davon auszugehen sein, daß die Parteien den Arbeitsvertrag für die zulässige Dauer haben schließen wollen. Soweit er auch nach diesem Zeitpunkt durchgeführt ist, indem der Arbeitnehmer mit Willen des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung erbracht hat, kann in der Entgegennahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber entweder seine Genehmigung nach § 1829 Abs. 3 BGB oder eine Bestätigung des unwirksamen Arbeitsvertrages nach § 141 Abs. 2 BGB enthalten sein. In beiden Fällen ist dann der Arbeitsvertrag für die ganze vereinbarte Zeit wirksam.

2.° Das Erfordernis der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters besteht wie beim allgemeinen Arbeitsvertragsschluß auch bei Abschluß des Lehrvertrages. Darüber hinaus ergeben sich für den Lehrvertrag noch weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen.

1.3° Nach überwiegender Ansicht wird die Eingehung des Lehrverhältnisses nicht von der nach § 113 BGB erteilten Ermächtigung gedeckt ⁷²⁾. Das wird damit begründet, daß sich das Lehrverhältnis durch den ihm eigenen Ausbildungs- und Erziehungscharakter grundlegend vom Dienst- oder Arbeitsverhältnis unterscheide ⁷³⁾, was auch die gesonderte Behandlung in § 1822 Nr. 6 BGB zeige; diese Besonderheit lasse es nicht zu, dem beschränkt Geschäftsfähigen im Wege der Ermächtigung die Freiheit der Entscheidung über Eingehung und Beendigung eines Lehrverhältnisses einzuräumen ⁷⁴⁾. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Wenn dagegen das RAG darauf abstellte, der Lehrvertrag enthalte zugleich Elemente des Arbeitsver-

72) So Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis II D II 2; Soergel-Hefermehl, Anm. 2 zu § 113; Erman-Westermann, Anm. 1 zu § 113; Staudinger-Going, Anm. 4 zu § 113; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 176; Nikisch Bd. I S. 180; LAG Düsseldorf in AP Nr. 1 zu § 21 HandwO. A.A. RAGE Bd. 3 S. 221, 223; Schatter in RdA 1951 S. 445, 447.

73) Zum Wesen des Lehrverhältnisses Siebert a.a.O. I D I.

74) Hueck a.a.O.; Staudinger-Going, a.a.O.; Erman-Westermann a.a.O.; Siebert in BB 1951 S. 195, 196.

trages ⁷⁵⁾, so mag diese Feststellung für die Anwendung des größten Teils arbeitsrechtlicher Normen durchaus von Bedeutung sein (z.B. nach § 76 Abs. 1 HGB für § 60 - 63, 75 f HGB, ferner für die Arbeitsschutznormen, das Urlaubsrecht u.a.) ⁷⁶⁾. Die teilweise Übereinstimmung von Lehr- und Arbeitsverhältnissen rechtfertigt aber nicht eine völlige Gleichstellung des Begründungsvorganges ohne Rücksicht auf ihre unterschiedliche Zwecksetzung und die ihr entsprechende Regelung in § 1822 Nr. 6 BGB. Nach dieser Meinung ist der Abschluß des Lehrvertrages durch den beschränkt geschäftsfähigen Lehrling nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Einzelfall zulässig.

2.62 Zu dieser Zustimmung muß bei Bestehen einer Vormundschaft die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kommen, wenn der Lehrvertrag für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wird (§ 1822 Nr. 6 BGB).

II. Die Folgen der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nach den Regeln des BGB.

1. Das Fehlen vertraglicher Rechte und Pflichten.

Bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages bestehen die mit ihm beabsichtigten Rechte und Pflichten nicht. Der Arbeitnehmer braucht keine Arbeitsleistung zu erbringen, der Arbeitgeber keine Beschäftigungsmöglichkeit zu bieten und keinen Lohn zu zahlen, beide Parteien können jederzeit ein bereits durch Vollzug des unwirksamen Vertrages zustande gekommenes Beschäftigungsverhältnis mit sofortiger Wirkung lösen ⁷⁷⁾.

75) So ursprünglich zur Begründung des Geltungsanspruchs tariflicher Normen (RAGE Bd. 1 S. 313, 314 f; Bd. 2 S. 226, 227) und unter Berufung hierauf auch für § 113 BGB (Bd. 3 S. 221, 223).

76) Vgl. Hueck a.a.O. S. 83 f.

77) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 185, 191; Nikisch Bd. I S. 173, 175; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 96 zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze Anm. 28, 36 zu § 611.

Weiter folgt aus der Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, daß sich die Rechtsstellung der Parteien für den Zeitraum, in dem sie den nicht wirksamen Vertrag in Vollzug gesetzt und verwirklicht haben, nicht nach Vertragsrecht, sondern nach den für außervertragliche Schuldverhältnisse geltenden Normen des BGB richtet. Für die rechtliche Abwicklung des tatsächlich vollzogenen Arbeitsvertrages kommen sonach die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, die ungerechtfertigte Bereicherung, das Verschulden bei Vertragsschluß und das Deliktsrecht in Betracht. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen sind im folgenden zu ermitteln. Wegen der möglicherweise verschiedenen Ergebnisse sind die Fälle fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers gesondert zu behandeln.

2. Die Abwicklung bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers.

- 2.1 Für den Lohnanspruch des Arbeitnehmers leitet ein Teil der Literatur aus § 612 BGB den allgemeinen Grundsatz ab, derjenige, der wirtschaftlich wertvolle Arbeit leiste, habe auch bei einem nur tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis einen Anspruch auf angemessene Vergütung⁷⁸⁾. Dagegen spricht jedoch, daß die in der genannten Vorschrift getroffene Regelung die Vergütungspflicht des Arbeitgebers an eine wirksame Vereinbarung der Parteien über die Arbeitsleistung knüpft, sie aber nicht ersetzt⁷⁹⁾. § 612 BGB enthält nur eine Vergütungs-, nicht aber eine Vertragsfiktion⁸⁰⁾. Die Argumentation für eine Vertragsfiktion, anderenfalls handele es sich um ein Gefälligkeitsverhältnis⁸¹⁾, läßt außer Betracht,

78) So Denecke in RGRK, Anm. 1 zu § 611 unter Berufung auf RAG in ARS Bd. 22 S. 125, RAGE Bd. 26 S. 151, BAGE Bd. 5 S. 59; Palandt-Gramm, Anm. 1 zu § 612 mit Hinweis auf BAG in AP Nr. 2 zu § 138 BGB.

79) Erman-Küchenhoff, Anm. 2 e zu § 612; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 1 zu § 612; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 6 zu § 612; Haupt in Festschrift für Siber Bd. II S. 19.

80) A.A. Hanau in AcP Bd. 165 S. 220, 265 f.

81) So Hanau a.a.O.

daß § 612 BGB in jedem Fall eine echte (bindende, nicht frei widerrufliche) Verpflichtung zur Arbeitsleistung voraussetzt. Damit wird ohne ausdrückliche Entgeltabrede die Grenze zur bloßen Gefälligkeit und auch zum Auftrag (vgl. § 671 Abs. 1 BGB) gezogen. An einer bindenden Verpflichtung fehlt es aber bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Soweit sich die eingangs angeführte Auffassung auf die Rechtsprechung des RAG und des BAG beruft ⁸²⁾, findet sie in den von ihr zitierten Entscheidungen keine Stütze. In diesen wird entweder ein Lohnanspruch wegen Fehlens eines Vertrages verneint ⁸³⁾ oder bei fehlender Lohnvereinbarung, doch wirksamem Arbeits- (z.B. Volontärarzt-) vertrag zugesprochen ⁸⁴⁾ oder aus den Grundsätzen des sog. "faktischen Arbeitsverhältnisses" hergeleitet ⁸⁵⁾. Wenn im übrigen das RAG verschiedentlich bei nichtigem Arbeitsvertrag einen Vergütungsanspruch aus "allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrages" sowie aus ungerechtfertigter Bereicherung bejaht hat ⁸⁶⁾, kann man diese Begründung angesichts anderer Entscheidungen nur dahin verstehen, daß sich die Höhe der Forderung aus §§ 812, 818 Abs. 2 BGB nach § 612 BGB bemessen sollte ⁸⁷⁾. Damit ergibt sich ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei unwirksamem Arbeitsvertrag weder unmittelbar aus § 612 BGB noch aus einem in ihm enthaltenen Grundgedanken.

2.2 Es ist ferner versucht worden, einen Vergütungsanspruch für die auf Grund unwirksamen Arbeitsvertrages erbrachten Leistungen des Arbeitnehmers im Wege des Aufwendungs-

82) S. Anm. 78.

83) So RAG in ARS Bd. 22 S. 125, 127.

84) RAGE Bd. 26 S. 143, 151.

85) BAGE Bd. 5 S. 59, 67 (ohne Erwähnung des § 612 BGB); BAG in AP Nr. 2 zu § 138 BGB (unter Heranziehung des § 612 BGB lediglich zur Lohnbemessung).

86) So RAGE Bd. 10 S. 15, 20; Bd. 13 S. 256, 258; Bd. 18 S. 299, 300.

87) Vgl. RAG in ARS Bd. 28 S. 56, 57 mit Anm. von Hueck daselbst S. 62; besonders klar RAG in ARS Bd. 12 S. 395, 397.

ersatzes nach §§ 683, 670 BGB zu begründen⁸⁸⁾. Diese Lösung setzt voraus, daß die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Abwicklung nicht wirksamer Arbeitsverhältnisse Anwendung finden.

Bedenken hiergegen ergeben sich zunächst daraus, daß eine "Strukturgleichheit zwischen unwirksamen Vertragsverhältnissen und der Geschäftsführung ohne Auftrag"⁸⁹⁾ nicht besteht. Während das Arbeitsverhältnis auf den Austausch von Arbeit und Lohn angelegt ist, sollen die Regeln der §§ 677 ff BGB nach der Absicht des Gesetzgebers die Fälle der sog. "Menschenhilfe" regeln⁹⁰⁾. Ihnen entspricht unter den Vertragstypen keines der synallagmatischen Verhältnisse, sondern das Auftragsverhältnis der §§ 662 ff BGB⁹¹⁾. Hier kommt dem Aufwendungsersatz keine Vergütungsfunktion zu⁹²⁾, wie sich auch an der Regelung der Geschäftsbesorgungsverträge in § 675 BGB zeigt, nach der die Entgeltansprüche aus dem Dienst- oder Werkvertrag folgen, während die Auftragsregeln nur davon unabhängige Ausgleichsfolgen anordnen. Hinzukommt, daß durch die notwendige Differenzierung nach dem Bewußtsein, für den Vertragspartner zu handeln oder nicht⁹³⁾, ein Umstand entscheidungserheblich wird, der für die Leistungsvergütung keine Bedeutung haben darf. Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag passen daher nicht auf die Abwicklung nichtiger oder unwirksamer Arbeitsverträge⁹⁴⁾.

88) Dorn: Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag S. 20 f, 75 ff; ders. in JZ 1964 S. 93 ff; ders. in NJW 1964 S. 799 ff.

89) So Dorn in NJW a.a.O.

90) Erman in NJW 1965 S. 421 mit Anm. 3; vgl. ferner Erman-Hauß, Anm. 1 vor § 677; Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 265 f.

91) S. Larenz a.a.O. S. 266.

92) Erman in NJW 1965 S. 422 (II.).

93) Dorn in NJW 1964 S. 800.

94) Erman a.a.O. S. 421.

Gegen die Anwendung der §§ 677 ff BGB spricht ferner die gesetzliche Regelungskonnexität zwischen dem Vertragsrecht und dem Bereicherungsrecht. Letzteres hat nicht zuletzt die Funktion, die Vermögensverschiebungen, die in Erfüllung nicht wirksamer Verträge bewirkt worden sind, rückgängig zu machen. Das spricht einmal dafür, daß nach der Systematik des Gesetzes fehlgeschlagene Verträge nicht der Rückabwicklung nach §§ 677 ff BGB unterworfen werden sollen. Außerdem würde die durch die §§ 812 ff BGB, insbesondere § 818 Abs. 3 BGB, für diese Sachverhalte geschaffene Ausgleichsregelung durch die §§ 683, 670 BGB weitgehend außer Kraft gesetzt. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diese Folge durch einen Regelungskomplex beabsichtigt hat, den er, wie bereits erwähnt, für andere Sachverhaltsgruppen gesetzt hat. Allerdings ist, worauf noch einzugehen ist, gerade die Unzulänglichkeit der Bereicherungsregeln für einen angemessenen Ausgleich der Grund der Suche nach anderen Lösungen der Abwicklung unwirksamer Arbeitsverträge und der Weg über §§ 683, 670 BGB ein Versuch, hier eine Abhilfe zu schaffen ⁹⁵⁾. Dann aber ist es eher gerechtfertigt, durch eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen eine Lösung zu suchen, als eine nicht hierfür geschaffene und zu nicht sachgerechten Ergebnissen führende Regelung zu übernehmen ⁹⁶⁾.

Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag sind denn auch - abgesehen von dem Versuch Dorns - für die Abwicklung nichtiger oder unwirksamer Arbeitsverträge nicht herangezogen worden ⁹⁷⁾.

95) So Dorn in NJW 1964 S. 801.

96) S. Erman in NJW 1965 S. 422 ff, der auch nachweist, daß der von Dorn vorgeschlagene Lösungsversuch in etlichen Fällen versagt; vgl. ferner Erman-Hauß, Anm. 2 d vor § 677.

97) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 186 ff; Nikisch Bd. I S. 215 ff; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 96 ff zu § 611; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 235 f, 241 f.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, kommt es auf die umstrittene Frage, ob trotz Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers (Arbeitnehmers) das gesetzliche Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag bei fehlendem Einverständnis des gesetzlichen Vertreters entsteht⁹⁸⁾, nicht an. Wenn man aber eine Lösung nach den §§ 677 ff BGB bejaht, bestünden gegen einen generellen Ausschluß der Anwendung von §§ 104 ff BGB Bedenken. Die Diskussion hat sich bisher so gut wie ausschließlich⁹⁹⁾ mit den Fällen tatsächlicher Nothilfehandlungen des nicht voll Geschäftsfähigen befaßt, und hier spricht in der Tat vieles für die Erstattung der Aufwendungen unabhängig von der Stellungnahme des gesetzlichen Vertreters. Soweit es sich bei der Tätigkeit im Interesse des Geschäftsherrn hingegen um "typisch rechtsgeschäftliches Verhalten" handelt, sollen die §§ 104 ff BGB anwendbar sein¹⁰⁰⁾. Hiernach müßte allein schon die Tätigkeit des Arbeitnehmers einen Unterschied begründen: Wäre er etwa als Verkäufer im Betrieb des Arbeitgebers, bestünde kein Anspruch auf Tätigkeitsvergütung in Form des Aufwendungsersatzes; bei rein tatsächlichen Beschäftigungshandlungen, z.B. der Reparatur von Fernsehgeräten, käme hingegen § 683 BGB zum Zuge. Konsequenterweise müßte bei verschiedenen Tätigkeiten im Rahmen der Beschäftigung desselben Arbeitgebers für eine Handlung Auftragsrecht gelten, für

98) Für das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit bzw. der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Palandt-Gramm, Anm. 1 zu § 682; Soergel-Erdsiek-Mühl, Anm. 1 zu § 682; Staudinger-Nipperdey, Anm. 4 zu § 682; Enneccerus-Lehmann § 165 V a.E., § 166 II 3; LG Aachen in NJW 1963 S. 1252 f; Motive Bd. II S. 860. A.A. Dorn in NJW 1964 S. 801 f. mit Nachw. in Anm. 28; Schullien in NJW 1963 S. 1879; Erman-Hauß, Anm. 2 zu § 682; Canaris in NJW 1964, S. 1987 f mit Nachw. in Anm. 15; Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 272.

99) Ausgenommen Dorn in NJW 1964 S. 801 f; Diederichsen in MDR 1964 S. 889 ff.

100) So Diederichsen a.a.O. 890 f; Erman-Hauß, Anm. 2 zu § 682.

die andere nicht, ein unhaltbares Ergebnis. Richtiger wäre es, und dem entspricht im Ergebnis die wohl herrschende Lehre von der Abwicklung nichtiger oder unwirksamer Arbeitsverträge ¹⁰¹⁾, darauf abzustellen, ob die Geschäftsführung mittels Vertrages übernommen wird oder nicht. Im ersteren Fall sind auch auf die Übernahme der Geschäftsführung die für den wirksamen Vertragsschluß geltenden Normen anwendbar, somit auch die §§ 104 ff BGB. Das aber steht einer Abwicklung des unwirksamen Vertrages nach §§ 677 ff BGB entgegen.

- 2.3 Als Rechtsgrundlage für einen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag kommen nach alledem nur die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht. Der nicht geschäftsfähige Arbeitnehmer kann nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB für die ohne Rechtsgrund geleistete Arbeit Wertersatz fordern.

Die Ersetzung des Lohnanspruchs durch eine Bereicherungsforderung wurde vom RAG in ständiger Rechtsprechung bejaht ¹⁰²⁾. Als Bemessungsgrundlage für den Anspruch, der sich nach § 818 Abs. 2 BGB auf den gemeinen Verkehrswert der Arbeitsleistung zu richten hat ¹⁰³⁾, wurde entweder der Tariflohn ¹⁰⁴⁾ oder der im nicht wirksam geschlossenen Vertrag festgesetzte Individuallohn gewählt, letzterer mit der Begründung, es fehle an jedem Anhalt,

101) Vgl. Anm. 97.

102) RAG in ARS Bd. 14 S. 164, 169 mit zust. Anm. von Dersch daselbst S. 172; Bd. 15 S. 133, 135, S. 509, 511; Bd. 37 S. 263, 267 f; vgl. auch RAG in JW 1930 S. 3010 f.

103) Scheffler in RGRK, Anm. 24 zu § 818; Erman-Seiler, Anm. 5 b zu § 818; vgl. auch Schlegelberger-Schröder, Anm. 7 zu § 59 HGB. Gemeiner Verkehrswert der Leistung ist der Wert, den sie nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit ohne Rücksicht auf das Interesse eines Beteiligten für jedermann hat; vgl. Erman-Seiler a.a.O.; BGHZ Bd. 10 S. 170, 180 f.

104) RAG in ARS Bd. 14 S. 164, 169; Bd. 15 S. 133, 135, S. 509, 511.

daß die Arbeitsvertragsparteien eine unangemessene Vergütung vereinbart hätten ¹⁰⁵⁾.

Eine derartige Ausgestaltung des Kondiktionsanspruchs begegnet erheblichen Bedenken. Ihr liegt nicht die streng wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bereicherungsrechts zugrunde, nach der ein Ausgleich nicht gerechtfertigten Vermögenszuwachses allein im Hinblick auf die Lage des Bereicherten zu erfolgen hat ¹⁰⁶⁾. Hiervon ausgehend muß man im konkreten Fall den Wert der erbrachten Arbeitsleistung ermitteln. Man müßte z.B. ausfindig machen, mit welchem Erfolg ein für Werbungsaufgaben eingesetzter Arbeitnehmer tätig gewesen ist; der Vergleich mit den Lohnansprüchen von Angestellten aus demselben Fachbereich hilft nicht weiter, da man die Leistungen kaum aneinander messen kann. Die Feststellung der Bereicherung in dieser Form wird daher im Regelfall unmöglich sein ¹⁰⁷⁾. Der so gegebenen Schwierigkeit könnte man zwar prinzipiell mit Hilfe des sog. Ersparnisgrundsatzes abhelfen, welcher sich darauf stützt, daß der Arbeitgeber, wenn es nicht zur Anstellung des auf Grund nichtigen oder unwirksamen Vertrages Beschäftigten gekommen wäre, einen anderen Arbeitnehmer eingestellt und mithin dessen Lohn erspart hätte, so daß der Bereicherungsanspruch der Höhe des üblicherweise gezahlten Lohns entsprechen müsse ¹⁰⁸⁾.

105) RAG in JW a.a.O.; vgl. auch KG in OLG Bd. 36 S. 56 f; vgl. ferner Staudinger-Seufert, Ann. 22 zu § 818. Zur Bereicherung bei Geschäftsbesorgungen vgl. auch BGHZ Bd. 36 S. 321, 323; Bd. 37 S. 258, 264 (jedoch ohne nähere Begründung).

106) Zu dieser bereicherungsrechtlichen Wertungsrichtung s. Esser: Schuldrecht S. 764; besonders nachdrücklich RGZ Bd. 118 S. 185, 187; vgl. ferner BGHZ Bd. 10 S. 171, 180 f; Bd. 17 S. 236, 241; Bd. 21 S. 319, 336; s. auch Enneccerus-Lehmann § 227 III 2.

107) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 6; vgl. ferner Canaris in BB 1967 S. 165, 167.

108) Vgl. Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 90, 94; zustimmend Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 33; vgl. ferner die Darstellung bei Ramm a.a.O. S. 7 und Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 234 f; ders. in Rechtspfl. 1961 S. 423, 424.

Schon bei der Bestimmung des Durchschnittslohns setzen aber Schwierigkeiten ein. Der Tariflohn ist nicht zugrunde zu legen, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht organisiert ist ¹⁰⁹⁾; andererseits können je nach den Verhältnissen des Arbeitnehmers die Sozialleistungen verschieden sein. Ferner ist es je nach den herrschenden Arbeitsmarktverhältnissen nicht ausgeschlossen, daß der Arbeitgeber im konkreten Fall nachweisbar keinen anderen Arbeitnehmer bzw. einen geringer bezahlten eingestellt hätte ¹¹⁰⁾. Mit Recht wird außerdem eine Ersparnis und somit eine Bereicherung verneint, wenn der Arbeitnehmer wegen der Notwendigkeit langfristigen Einarbeitens und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in dieser Zeit eine wirtschaftlich verwertbare Arbeitsleistung nicht erbracht hat ¹¹¹⁾. Das muß in gleicher Weise für die Zeit gelten, in welcher der vertraglos tätige Arbeitnehmer wegen Krankheit oder anderer unverschuldeter Umstände i.S. des § 616 BGB an der Arbeitsleistung gehindert war; denn daß auch bei Einstellung eines anderen Arbeitnehmers derartige den Arbeitgeber belastende Umstände eingetreten wären, wird man schwerlich unterstellen können. Schließlich ist bei konsequenter Anwendung des Bereicherungsrechts ein Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB etwa in Form der Vernichtung des Arbeitserzeugnisses zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ¹¹²⁾.

Wenn trotz der angeführten Schwierigkeiten bei Ermittlung der Bereicherung vereinzelt die Vergütung nach §§ 812 ff BGB und der Lohn nach §§ 611 Abs. 1, 612 Abs. 2 BGB generell gleichgestellt werden, so wird zur Begründung an-

109) Brox a.a.O.

110) Brox a.a.O.; Ramm a.a.O. S. 7 f; Canaris in BB 1967 S. 167.

111) Brox a.a.O.; Ramm a.a.O. S. 8.

112) Brox a.a.O.; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 396; vgl. auch BGH in LM Nr. 7 zu § 818 Abs. 3 BGB; RGZ Bd. 68 S. 269, 270; Staudinger-Seufert, Anm. 28 ff zu § 818.

geführt: Die Bereicherung des Arbeitgebers werde sich in aller Regel mit dem ortsüblichen, angemessenen und daher vereinbarten Lohn decken; der Arbeitgeber müsse, auch ohne entsprechend bereichert zu sein, nach Treu und Glauben einen den Umständen des Einzelfalls entsprechenden Lohn zahlen; ein nachträglicher Wegfall der Bereicherung sei kaum denkbar ¹¹³⁾. Noch weiter geht die Ansicht, der Arbeitgeber müsse stets als bereichert gelten ¹¹⁴⁾. So wünschenswert diese Ergebnisse im Einzelfall sein mögen, den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen des BGB entsprechen sie nicht mehr. Nach diesen ist vielmehr im konkreten Fall die eingetretene und noch vorhandene Bereicherung des Arbeitgebers festzustellen und auszugleichen ¹¹⁵⁾ ¹¹⁶⁾.

113) Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 90, 92 ff, der bei Fehlen einer Bereicherung den Arbeitgeber für verpflichtet hält, eine den Umständen des Einzelfalls entsprechende Entschädigung zu zahlen (S. 93); ihm folgend, soweit eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht in Betracht kommt, Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 33, und für den Lohnanspruch auch Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 130 f; vgl. ferner Molitor: Die Kündigung S. 25 ff, der § 818 Abs. 2 BGB bei Anfechtung des Arbeitsvertrages dahin auslegen will, daß der Arbeitnehmer so zu stellen sei, als wenn er bis zur Anfechtung wirklich Arbeitnehmer gewesen sei.

114) Migsch in Festschrift für H. Schmitz Bd. I S. 204, 216.

115) Vgl. insbesondere Hueck in Hueck-Nipperdey, 1. Aufl. (1927), Bd. I S. 131, wo zu den Erfordernissen und dem Umfang des Bereicherungsanspruchs Stellung genommen wird.

116) In Fällen, die in den Bereich der sog. Eingriffskon-
diktion fallen, hat die Rechtsprechung bei der Fest-
stellung einer Bereicherung des Eingreifenden durch
Ersparnis von Aufwendungen allerdings nicht darauf
abgestellt, ob bei Unterlassen des Eingriffs solche
Aufwendungen nachweisbar gemacht worden wären, vgl.
RGZ Bd. 97 S. 310, 312; BGHZ Bd. 20 S. 270, 275;
Bd. 20 S. 345, 355; kritisch hierzu Esser: Schuld-
recht S. 805. Insoweit wird die dem Bereicherungs-
recht immanente konkret wirtschaftliche Betrachtungs-
weise mit dem Erfordernis einer hypothetischen Prü-
fung der Verhältnisse bei Fehlen eines Eingriffs ver-
nachlässigt.
Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens mag dahin-
stehen; im Hinblick auf den qualitativen Unterschied
zwischen Leistungs- und Eingriffskon-
diktion, insbesondere den "Unrechtsgehalt" der letzteren (vgl. etwa
Pawlowski in JuS 1967 S. 302, 306 mit Anm. 36), er-
scheint eine Gleichbehandlung beider in diesem Punkt
nicht möglich.

Soweit neben der Lohnforderung und anderen durch Geldzahlung abfindbaren Ansprüchen des Arbeitnehmers wie denen auf Urlaub, Gratifikationen oder ähnliches weitere Rechte in Betracht zu ziehen sind, die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgen, können sie ihre Grundlage nicht in §§ 812 ff BGB finden. Gleiches gilt für die sich sonst aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers. Ob sie gegeben sind, kann sich nur nach anderen Rechtsgrundsätzen richten.

- 2.4 Schon aus dem durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen begründeten vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis ergibt sich die Pflicht der Beteiligten, unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt durch Aufklärungs- und Erhaltungsmaßnahmen die Interessen des Geschäftspartners zu wahren ¹¹⁷⁾.

Ein Lohnanspruch des vertraglos beschäftigten Arbeitnehmers läßt sich allerdings keinesfalls aus diesen Regeln begründen, da dem Arbeitgeber nicht die Verpflichtung obliegt, sich im Interesse des Arbeitnehmers nach dessen Geschäftsfähigkeit zu erkundigen bzw. bei deren Fehlen die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages herbeizuführen. Soweit Lehre und Rechtsprechung bei der Behandlung formnichtiger Verträge aus einem schuldhaft von einer Seite verursachten Formverstoß wegen culpa in contrahendo der Gegenseite einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zubilligen ¹¹⁸⁾, sind besondere Gesichtspunkte dafür maßgebend, die hier nicht vorliegen. Einmal wurden bei bestimmten Vertragspartnern besondere, aus ihrer Stellung folgende Betreuungspflichten bejaht ¹¹⁹⁾. Zum anderen

117) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 43 III; Nirk in Festschrift für Möhring S. 385 ff, 389 mit eingehender Darstellung und Nachw.

118) Vgl. BGH in NJW 1965 S. 812 ff; ferner die Darstellung der Rechtsprechung durch Lorenz in JuS 1966 S. 429 ff und Reinicke in DB 1967 S. 109 ff.

119) S. etwa BGHZ Bd. 17 S. 334, 338 (Betreuungspflicht einer Siedlungsgesellschaft gegenüber rechtsunkundigen Siedlern bei Grundstückskaufverträgen).

müssen bei der Erfüllung der Formerfordernisse beide Partner zur Herbeiführung des beabsichtigten Vertragschlusses tätig werden und sind einander insoweit wechselseitig verpflichtet. Hier fällt es jedoch allein in die Sphäre des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers, die Wirksamkeit seiner Willenserklärung herbeizuführen. Der Anwendungsbereich der Grundsätze über die culpa in contrahendo ist daher bei den hier in Betracht kommenden Fällen von vornherein auf die Erfüllung der neben den Hauptleistungspflichten auf Arbeitsleistung und Vergütung sonst bestehenden Nebenverpflichtungen der Parteien beschränkt. Dabei geht es um die Pflichten, die man bei wirksamem Arbeitsvertrag dem Kreis der Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und der Treuepflichten des Arbeitnehmers zurechnet.

- 2.41 Eine derartige Erstreckung der Haftungsgrundsätze für Verschulden bei vorvertraglichem Verhalten auf die hier genannten Sachverhalte stellt allerdings bereits eine Erweiterung ihres sonstigen Anwendungsbereichs dar. Es handelt sich nämlich nicht um die gewöhnlichen Fälle einer dem beabsichtigten oder wenigstens in Aussicht genommenen Vertragsschluß vorhergehenden schuldhaften Verletzung von Obhuts- oder Erhaltungspflichten gegenüber der anderen Partei ¹²⁰⁾, sondern um den Verstoß gegen Pflichten, die bei Abwicklung des nur vermeintlich wirksamen Arbeitsvertrages bestehen. Derartige Verstöße gehören innerhalb eines bestehenden Vertrages zur Kategorie der sog. positiven Forderungsverletzungen. Die für das vorvertragliche Verhältnis gegebenen Sorgfalts- und Erhaltungspflichten kann man vorbehaltlich der Entscheidung über das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit aber auch für das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis bejahen. Rechtsgrund der Haftung für Verschulden vor oder bei Vertragsschluß ist nämlich das unabhängig vom späteren Zustandekommen des Vertrages bestehende gesetzliche Schuldverhältnis, be-

120) Vgl. Erman, Anm. 8 zu § 276; Palandt-Danckelmann, Anm. 6 zu § 276; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 6 - 11 vor § 275; Larenz: Schuldrecht Bd. I S. 39, 42; Nirk in Festschrift für Möhring S. 395.

ruhend auf der Gewährung und Inanspruchnahme des Vertrauens der Beteiligten¹²¹⁾. Durch den engen, in willentlicher Übereinstimmung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründeten sozialen Kontakt wird hier eine zumindest ebenso intensive Vertrauensbindung geschaffen¹²²⁾. Daraus folgt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch ohne wirksamen Arbeitsvertrag in gewissem Ausmaß für die Verletzung solcher Pflichten haftet, die im Rahmen eines wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses aus der Fürsorgepflicht hergeleitet werden, so z.B. im Umfange der §§ 618 BGB, 120 a, 120 b GewO, ferner für den Schutz der zur Arbeitsstelle mitgebrachten Sachen, besonders der Verkehrsmittel, für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutzbestimmungen und für die Beachtung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften¹²³⁾. Zweck

-
- 121) So Ballerstedt in AcP Bd. 151 S. 501, 507; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 5 vor § 275; Larenz a.a.O. S. 39; vgl. ferner die Rechtsprechungsnachweise bei Nirk a.a.O. S. 392 f.
- 122) Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 74 ff, insbesondere 84, 90; ihm zustimmend Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 33; S. ferner -mit Nachw. und ausführlicher Begründung- Canaris in JZ 1965 S. 475, 476 f, welcher aus den in Fällen vorliegender Art bestehenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen Teils unter Berufung auf den Vertrauensgrundsatz vertragsunabhängige schuldrechtliche Schutzpflichten herleitet. Ähnlich bei zunächst schwebend, später endgültig unwirksamen Verträgen Lange in Festschrift für Schmidt-Rimpler S. 139, 148. Das von Larenz (MDR 1954 S. 515, 517) gegen die Erhaltungspflichten aus sozialem Kontakt vorgebrachte Bedenken, es fehle hier an einer ausreichenden rechtsgeschäftlichen Bezogenheit der Beteiligten, ist gegenüber der vorliegenden Sachverhaltsgruppe nicht stichhaltig. Durch das Streben nach dem -allerdings gescheiterten- Vertragsverhältnis ist die Stellung der Beteiligten zueinander nicht verschieden von der bei Vertragsverhandlungen. Der Begriff des sozialen Kontakts illustriert nur die besonders enge Beziehung unter den Parteien.
- 123) Zur Begründung dieser Verpflichtungen aus der Fürsorgepflicht vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 390 ff; Nikisch Bd. I S. 470 ff; Bobrowski-Gaul S. 289 ff; BAG in AP Nr. 1 zu § 611 BGB (Parkplatz); BAGE Bd. 13 S. 1, 4, 6; BGH in DB 1967 S. 1084; BAG in AP Nr. 56, Nr. 76 zu § 611 BGB (Fürsorgepflicht).

derartiger Schutzpflichten, die hiernach unabhängig von der Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses entstehen, ist es, die Gegenpartei vor Schäden an ihren Rechtsgütern zu bewahren; zu ihnen gehören Obhuts- und Fürsorgepflichten bezüglich des Vermögens und der Person des Partners, Mitteilungs- und Aufklärungspflichten¹²⁴⁾.

Darüber hinaus kann man die Ansprüche des Arbeitnehmers aber nicht auf den gesamten der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zuzurechnenden Rechtsbereich ausdehnen. Die Tatbestände der §§ 616, 617 BGB, 62 HGB etwa begründen einen besonderen Schutz des Arbeitnehmers, der nicht vom Grundsatz der Wahrung gewährten Vertrauens getragen wird; sind die Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt, so hat nicht die eine Partei schuldhaft in den ihr anvertrauten Rechtskreis der anderen eingegriffen, vielmehr wird dem Arbeitgeber kraft des Arbeitsvertrages die besondere Sorge für die Person des Arbeitnehmers zugeordnet. Auf diesen Teil der Fürsorgepflicht passen daher die zum vorvertraglichen Verschulden entwickelten Haftungsgrundsätze nicht¹²⁵⁾. Insoweit ist es auch rechtlich

124) Canaris in JZ 1965 S. 475, 477.

125) So offenbar im Ausgangspunkt auch Canaris in JZ 1965 S. 475, 477, der zwischen den Schutzpflichten und den Nebenleistungspflichten unterscheidet. Letztere, die unmittelbar oder mittelbar an der Verwirklichung des Vertragszweckes orientiert sind, setzen einen wirksamen Vertrag voraus (Canaris a.a.O.). Daß alle auf dem Fürsorgeprinzip beruhenden Pflichten des Arbeitgebers einen Schutzzweck i.S. des von Canaris geprägten Begriffs der Schutzpflichten verfolgen (so zu allgemein Canaris in JZ a.a.O. S. 480; ebenso in BB 1967 S. 165, 169), läßt sich nicht vertreten. Der Kreis der für das vorvertragliche Vertrauensverhältnis typischen Schutzpflichten ist wesentlich enger; es sind nur die Pflichten, die darauf zielen, Schädigungen des anderen zu vermeiden, die diesem gerade aus der Aufnahme der geschäftlichen Beziehung und der damit verbundenen möglichen Gefährdung an seiner Gesundheit oder seinem Vermögen entstehen können (s. Larenz: Schuldrecht Bd. I S. 42). Wie hier ferner Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 33, für den Fall des § 616 BGB; ablehnend auch Brox in Rechtspfl. 1961 S. 424; wohl auch Dölle a.a.O., wenn er auf Grund des rechtlichen "Ordnungspostulates" die Gleichstellung vertraglich begründeter und faktischer Arbeitsverhältnisse ablehnt.

unerheblich, daß die Parteien in besonders engen sozialen Kontakt getreten sind. Ebensowenig sind mit vorvertraglichen Sorgfalts- und Erhaltungspflichten des Arbeitgebers die sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebenden Rechte des Arbeitnehmers zu begründen. Nach den Haftungsgrundsätzen zur culpa in contrahendo hat der Arbeitgeber daher allein für die Beachtung der allgemeinen auf die Wahrung der ihm anvertrauten Rechtsgüter des Arbeitnehmers (z.B. Leben, Gesundheit, Eigentum) bezogenen Schutzpflichten einzustehen.

2.42 Wie für den Arbeitgeber könnten sich auch für den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer Haftungspflichten aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ergeben. Eine derartige Haftung könnte an verschiedene Sachverhalte anknüpfen. Zunächst kann das Verhalten des Arbeitnehmers bei den Vertragsverhandlungen erheblich sein, wenn er bewußt oder unbewußt das Fehlen seiner unbeschränkten Geschäftsfähigkeit bzw. der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verschweigt oder hierüber falsche Angaben macht. Weiterhin kommen im Rahmen des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses Handlungen in Betracht, die bei Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages positive Forderungsverletzungen wären.

In den zuerst genannten Fällen stellt der Arbeitgeber einen ihm mangels eines wirksamen Vertrages für dessen Erfüllung nicht vertraglich haftenden Arbeitnehmer ein und könnte so zum Ersatz des Vertrauensschadens praktisch die vertragliche Haftung des Arbeitnehmers verlangen. Im zweiten Fall würde die Anwendung der Haftungsgrundsätze zum vorvertraglichen Verschulden zu Sorgfalts- und Erhaltungspflichten des Arbeitnehmers im faktischen Beschäftigungsverhältnis führen. Der Arbeitgeber räumt dem Arbeitnehmer, den er in den Arbeitsablauf einschaltet, vielfach eine weitgehende faktische Einflußmöglichkeit auf sein Vermögen ein; in dem ihm anvertrauten Bereich hat der Arbeitnehmer entsprechend die Vermögensin-

teressen des Arbeitgebers zu wahren 126).

Stets ist jedoch erforderlich, daß der ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters handelnde nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer aus einem Verhalten wegen vorvertraglichen Verschuldens verpflichtet sein kann. Damit stellt sich die Frage nach dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit sowie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für eine Haftung des Arbeitnehmers aus schuldhaftem Verhalten vor oder bei Vertragsschluß bzw. während der Dauer des faktischen Beschäftigungsverhältnisses.

Eine positive gesetzliche Regelung dieses Sachverhaltes besteht nicht, da die Haftungsregeln zum Verschulden vor oder bei Vertragsschluß im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt worden sind. Die in § 276 Abs. 1 S. 1, 3 BGB normierte Regelung kann zur Begründung einer Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers nicht herangezogen werden; sie betrifft nur den Haftungsmaßstab durch Festlegung der Schuldform innerhalb eines bestehenden gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses, regelt aber nicht seine Begründung¹²⁷⁾. Daher kann sich eine sinnvolle Lösung nur aus der konkreten Interessenlage der Parteien und der gesetzlichen Wertung dieser Interessen ergeben.

Mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen und bei einer Intensivierung des so entstandenen Vertrauensverhältnisses durch eine Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers entsteht ein Widerstreit in den Interessen der beteiligten Partner. Dem Interesse des Arbeitgebers entspricht es, durch eine Verletzung

126) Es gelten hier ähnliche Erwägungen wie zur Haftung des Arbeitgebers (oben S. 33 f).
Ein Beispiel für derartige Pflichtverletzungen wäre: Der Arbeitnehmer stellt fest, daß die von ihm bediente Maschine defekt ist, vergißt jedoch, den Fehler anzuzeigen; infolgedessen kommt es zu erheblichen Produktionsstörungen.

127) Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 1 zu § 276; Erman, Anm. 1 zu § 276; BGHZ Bd. 11 S. 80, 83.

der Sorgfalts- und Erhaltungspflichten seitens des Arbeitnehmers keine Vermögenseinbuße zu erleiden; ein eingetretener Schaden soll nach Möglichkeit ausgeglichen werden. Das Interesse des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers geht dahin, durch sein eigenständiges Verhalten möglichst keine Verantwortlichkeit zu begründen. Dem Bedürfnis des Arbeitgebers wird durch die Rechtsgrundsätze zur vertragsähnlichen Haftung auch bei Fehlen eines wirksamen Arbeitsvertrages Rechnung getragen. Zugunsten des nicht unbeschränkt Geschäftsfähigen enthält das Gesetz weitgehende Schutznormen: Nach den §§ 104 ff BGB kann er sich grundsätzlich nur durch seinen gesetzlichen Vertreter oder bei dessen Mitwirkung rechtsgeschäftlich verpflichten; das Interesse seines Vertragsgegners wird demgegenüber geringer geachtet, und man ordnet letzterem das Risiko auch dann zu, wenn er an die Geschäftsfähigkeit des nicht Geschäftsfähigen geglaubt hat ¹²⁸⁾.

Diese in einseitiger Weise den Schutz des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen bevorzugende gesetzliche Wertung erstreckt sich ihrem Zweck nach auch auf sein Verhalten beim Eintritt in Vertragsverhandlungen und im Rahmen des dadurch begründeten Verhältnisses. Wenn auch der Grund der Haftung in der Inanspruchnahme gewährten Vertrauens zu sehen ist, so wird ein solches Vertrauensverhältnis doch nur im Hinblick auf einen möglichen Vertragsschluß der Beteiligten begründet und rechtserheblich ¹²⁹⁾. Es handelt sich daher um die Begründung von Verantwortlichkeit im Rechtsgeschäftsverkehr. Die rechtsgeschäftliche Bezogenheit des vorvertraglichen Verhaltens macht es erforderlich, auch in diesen Bereich hinein den bezüglich der Entstehung vertraglicher Verpflichtungen angeordneten gesetzlichen Schutz der §§ 104 ff BGB zu erstrecken ¹³⁰⁾. Hierfür

128) Vgl. etwa RGZ Bd. 120 S. 170, 174; Erman-Westermann, Vorbem. 5 zu § 104; Soergel-Hefermehl, Anm. 29 vor § 104.

129) So insbesondere Larenz in MDR 1954 S. 515, 518; vgl. ferner Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 5 vor § 275.

130) Vgl. für den Fall des Rechtsscheins und seiner Folgen in § 25 HGB RGZ Bd. 145 S. 155, 159.

spricht zudem entscheidend die Überlegung, daß anderenfalls der durch das Fehlen der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsfähigkeit erstrebte Schutz im Wege einer Haftungsmöglichkeit wegen vorvertraglichen Verschuldens bei selbständigem Handeln des nicht voll Geschäftsfähigen vereitelt würde ¹³¹⁾. Zu einem anderen Ergebnis zwingt auch nicht etwa ein besonderes Schutzbedürfnis des Arbeitgebers; dessen Stellung unterscheidet sich nicht wesentlich von der einer anderen Person, die mit dem nicht voll Geschäftsfähigen in geschäftliche Beziehungen tritt. Daher gelten für die Entstehung von Pflichten und für Verstöße hiergegen seitens des nicht Geschäftsfähigen nach den Haftungsgrundsätzen der culpa in contrahendo die einschränkenden Vorschriften der §§ 104 ff BGB. Der Arbeitnehmer haftet nicht, wenn die Aufnahme der Arbeitsvertragsverhandlungen nicht durch oder unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist ¹³²⁾.

- 2.5 Eine Haftung der Beteiligten nach den deliktsrechtlichen Bestimmungen (§§ 823 ff BGB) ist unabhängig von der Wirksamkeit des Arbeitsvertrages möglich. Auch sie ist - allerdings mit der Einschränkung des § 829 BGB - ausgeschlossen, wenn der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer nach §§ 827, 828 BGB nicht deliktsfähig ist.
- 2.6 Nach den vorstehend getroffenen Feststellungen kommt es bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mangels Geschäfts-

131) Vgl. Canaris in NJW 1964 S. 1988; Medicus in JuS 1965 S. 209, 215.

132) Canaris a.a.O., ebenso in BB 1967 S. 166; Medicus a.a.O.; Staudinger-Coing, Anm. 5 zu § 108; Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 6 zu § 108; Erman-Westermann, Vorbem. 5 zu § 104; LAG Düsseldorf in DB 1962 S. 606; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige II 1 a.

A.A. Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 84, der lediglich auf den sozialen Kontakt als objektiven Begründungstatbestand vorvertraglicher Pflichten abstellt und daher die Frage der Geschäftsfähigkeit für unerheblich hält; vgl. ferner Molitor-Vollmer, Anm. 7 zu § 6 JugendarbeitsschutzG, wo eine Haftung für culpa in contrahendo bejaht wird, wenn der nicht geschäftsfähige Arbeitnehmer den Arbeitgeber über Voraussetzungen des Arbeitsschutzes getäuscht hat.

fähigkeit des Arbeitnehmers nach den Regeln des BGB lediglich zu außervertraglichen Ansprüchen. Der Arbeitnehmer, der seine vermeintliche Vertragspflicht erfüllt hat, hätte z.B. keinen Lohnanspruch, sondern nur eine Bereicherungsforderung, die allein auf Erstattung des Wertes der geleisteten Arbeit gerichtet ist und keineswegs mit dem Lohn identisch zu sein braucht. Ferner bestünden keine Ansprüche des Arbeitnehmers nach §§ 615 bis 617 BGB. Die Lösung erscheint wenig befriedigend. Daher fragt es sich, ob nicht diese Ergebnisse nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB korrigiert werden müssen. § 242 BGB enthält unter anderem das Verbot des *venire contra factum proprium*, nach dem es einer Vertragspartei versagt ist, ihre Rechte in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten auszuüben. In den vorliegenden Fällen kann dieses Verbot daran anknüpfen, daß der nichtige oder unwirksame Arbeitsvertrag in der Vergangenheit von beiden Parteien oder zumindest von einer erfüllt worden ist und sich daher keine von ihnen auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen dürfe.

Auf Grund des Verbotes eines *venire contra factum proprium* räumt ein großer Teil der Literatur dem geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer aus dem in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrag für die Dauer des Vollzuges die gleiche Rechtsstellung ein, die er bei einem wirksam geschlossenen Arbeitsvertrag hätte ¹³³⁾. Hierzu wird angeführt: Derjenige, der eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten erwerbe, habe dadurch das Recht verwirkt, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages zu berufen, falls in-

133) Riezler: *Venire contra factum proprium* S. 137 f; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 110; Staudinger-Weber, Anm. D 351 zu § 242; Erman-Küchenhoff, Anm. 3 II dB zu § 611; Küchenhoff in RdA 1958 S. 121, 129; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 1 - 2 a.

folgedessen der Kontrahent wegen des "immateriellen Charakters" der Leistung und der Unmöglichkeit ihrer Rückgewähr geschädigt würde ¹³⁴⁾. Ohne besondere Stellungnahme zum Arbeitsverhältnis wird in den Erörterungen zu § 242 BGB ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens angenommen, wenn die an sich nicht vertraglich verpflichtete Partei durch ihre Erklärungen oder ihr Verhalten bewußt oder unbewußt eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte, und dieser nunmehr in seinem Vertrauen hierauf enttäuscht wird ¹³⁵⁾.

Das mangels Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht wirksame Arbeitsverhältnis generell unter diesem Gesichtspunkt für die Zeit seiner Verwirklichung wie ein wirksames zu behandeln, ist bedenklich. Es erscheint zumindest fraglich, ob es sich allein aus dem Verbot des venire contra factum proprium in derart allgemeiner Form ¹³⁶⁾ rechtfertigen läßt, stets zugunsten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers die Rechtsfolgen eines wirksamen Arbeitsvertrages eintreten zu lassen. Die in § 242 BGB getroffene Regelung dient unter anderem zwar auch dazu, bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die einer Partei unzumutbaren Ergebnisse zu korrigieren. Wie schwierig es aber ist, aus dieser Generalklausel allgemeingültige Grundsätze herzuleiten, zeigen die Fälle der unzulässigen Berufung auf die Nichtigkeit von Verträgen wegen Formverstos, die im wesentlichen ebenfalls in den Bereich des widersprüchlichen Verhaltens einer Vertragspartei einzuordnen sind ¹³⁷⁾.

134) Riezler a.a.O.; unter Berufung auf ihn Staudinger-Nipperdey-Neumann a.a.O.; Hueck a.a.O.; Sauerbier a.a.O.

135) Staudinger-Weber, Anm. D 323 zu § 242; Erman, Anm. III 3 b aa zu § 242; Soergel-Siebert, Anm. 141 zu § 242; RGRK-Nastelski, Anm. 134 f. zu § 242; Palandt-Danckelmann, Anm. 4 d zu § 242.

136) Wie sie von der in Anm. 133 belegten Meinung vertreten wird.

137) Vgl. die Fallgruppen und Nachweise bei Soergel-Siebert, Anm. 216 zu § 242; Erman, Anm. III 3 e zu § 242; BGHZ Bd. 12 S. 286, 304; Bd. 23 S. 249, 254 ff; Lorenz in JuS 1966 S. 429, 436. Zum Formverstoß bei Arbeitsverträgen s. BAGE Bd. 2 S. 58, 65; BAG AP Nr. 2 zu § 74 HGB = DB 1957 S. 1103.

Dort ist man zu dem Grundsatz gelangt, daß ein Formmangel nicht geltend gemacht werden kann, "wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspräche, die Vertragsansprüche am Mangel der Form scheitern zu lassen, und der bei nichtigem Verträge gewährte Rechtsschutz nicht ausreicht ¹³⁸⁾. Fragt man gemäß diesen Kriterien nach den Rechtsfolgen bei nichtigem, aber vollzogenem Arbeitsvertrag, so kann man dem Arbeitgeber nicht verwehren, Ansprüchen des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers etwa entgegenzuhalten, letzterer habe ihm infolge schlechter Arbeitsleistung, langer Krankheit, fehlender produktiver Tätigkeit oder wegen des erforderlichen Anlernens keinerlei Vorteile gebracht, sondern sogar Schaden zugefügt ¹³⁹⁾. Gerade die Vertreter der Ansicht, welche die Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers aus Treu und Glauben herleiten, wollen aber dem Arbeitgeber derartige Einwendungen versagen ¹⁴⁰⁾.

Damit läßt sich hier aus § 242 BGB keinesfalls eine von den Umständen des Einzelfalls gelöste und so der Rechtssicherheit dienliche Regelung entwickeln. Zudem darf auch eine dem Gebot von Treu und Glauben entnommene Lösung nicht mit allgemeinen Billigkeit Gesichtspunkten begründet werden. Die Interessenabwägung innerhalb des § 242 BGB muß vielmehr die Grenzen der Rechte und der Normen, deren Rechtsfolgenanordnungen korrigiert werden sollen, aufzeigen ¹⁴¹⁾ sowie die gesetzliche Wertung

138) BGHZ Bd. 23 S. 249, 255, sowie BGH in NJW 1965 S. 812; Soergel-Siebert a.a.O.; zur Kritik s. Lorenz a.a.O. S. 429 ff.

139) Vgl. Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrags-Lehrverhältnis II J VI 2, wonach der nicht voll Geschäftsfähige das Verbot des venire contra factum proprium auch gegen sich gelten lassen muß.

140) Vgl. oben Anm. 133 sowie unten Anm. 170.
A.A. allerdings wohl Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO.

141) Soergel-Siebert, Anm. 4 zu § 242.

der kollidierenden Interessen berücksichtigen ¹⁴²⁾. Methode und von den einschlägigen Normen gesetzte Grenzen dieser Abwägung entsprechen sonach dem Verfahren bei der Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken ¹⁴³⁾. Der Lösungsversuch im Wege der Lückenausfüllung ist aber der nach § 242 BGB erfolgenden Gesetzeskorrektur möglichst vorzuziehen, weil er einer strengeren systematischen Ordnung unterworfen ist und eher abstrakte, dem Erfordernis der Rechtssicherheit angemessene Ergebnisse ermöglicht. Dagegen könnte man einwenden, ein Lösungsversuch über § 242 BGB sei gesetzestreuer, weil eben diese Vorschrift im Gesetz enthalten sei. Dem wiederum ist jedoch entgegenzuhalten, daß die herkömmlichen Rechtsanwendungsprinzipien dem geltenden Recht immanent sind und somit ihre Verwendung nicht etwa weniger Gesetzesnähe aufweist als die Rechtsfindung mittels einer gesetzlichen Generalklausel ¹⁴⁴⁾.

Angesichts dessen bietet nach der hier vertretenen Auffassung das in § 242 BGB enthaltene Verbot des *venire contra factum proprium* nicht die Möglichkeit, die bei strikter Anwendung der Regeln des BGB eintretenden und u.U. als unbefriedigend empfundenen Nichtigkeitsfolgen auszuräumen oder zu modifizieren. Nicht hier, wo es um die enge Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts geht, sondern im Zusammenhang mit ihrer Auslegung, der Feststellung etwaiger Lücken und ihrer Ausfüllung ist die Frage nach quasivertraglichen Rechten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers aus der Beschäftigung bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag zu stellen.

142) So geschieht es hinsichtlich der Formnichtigkeit bei Erman, Anm. III 3 e zu § 242.

143) Vgl. Merz in AcP Bd. 163 S. 323; Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 300.

144) Überhaupt erscheint es angebracht, die Anwendung des § 242 BGB als *ultima ratio* möglichst lange auszuschalten; vgl. Larenz in JuS 1965 S. 373, 375.

2.7 Zusammenfassend läßt sich daher sagen: Bei strikter Anwendung der §§ 104 ff BGB und der die Nichtigkeit von Verträgen regelnden Normen ergeben sich Ansprüche des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers auf Grund unwirksamen, aber vollzogenen Arbeitsvertrages lediglich aus den §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB, nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo sowie aus §§ 823 ff, 827 ff BGB.

3. Die Abwicklung bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers.

Die Anwendung der bereits oben angeführten Regeln ist entsprechend zur Abwicklung des vollzogenen Arbeitsvertrages bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers in Betracht zu ziehen.

3.1 Ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den nicht geschäftsfähigen Arbeitgeber auf Vergütung der Arbeitsleistung nach §§ 683, 670 BGB entfällt schon deshalb, weil die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht anwendbar sind ¹⁴⁵⁾. Abgesehen davon setzt der Aufwendungsersatzanspruch entweder die Genehmigung des Geschäftsherrn nach § 684 S. 2 BGB oder ein Handeln im Interesse und gemäß dem wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nach § 683 S. 1 BGB voraus. Eine wirksame Genehmigung des nicht geschäftsfähigen Arbeitgebers als Geschäftsherrn scheidet aus, da er sie entweder gar nicht oder nicht ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornehmen kann (§§ 105, 111 S. 1 BGB); würde jedoch der gesetzliche Vertreter in die Genehmigung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers einwilligen, so bedeutete das die Zustimmung zu dem Vertragsschluß, und es läge ein gültiger Arbeitsvertrag vor. Somit kann ein Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen seiner Arbeitsleistung allein unter den Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB bestehen. Ein Handeln im Interesse des Arbeitgebers wird zwar möglicherweise in der Arbeitsleistung zu sehen sein, da das Beschäftigungsverhältnis sich für den Arbeitgeber wirtschaftlich positiv ausgewirkt haben

145) Vgl. oben S. 25 ff.

kann. Bei der Feststellung des nach § 683 S. 1 BGB maßgeblichen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn kommt es aber nicht auf das Wollen des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers, sondern den Willen seines gesetzlichen Vertreters an¹⁴⁶⁾. Der wirkliche Wille des gesetzlichen Vertreters, der am Abschluß des Arbeitsvertrages nicht teilgenommen und ihn nicht genehmigt hat, steht der Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber entgegen. Das gleiche ist für den nach objektiven Gesichtspunkten, nicht nach subjektiver Anschauung des Arbeitnehmers¹⁴⁷⁾, zu ermittelnden mutmaßlichen Willen des gesetzlichen Vertreters des Arbeitgebers festzustellen. Objektiv kann nicht angenommen werden, daß der gesetzliche Vertreter, der dem Abschluß des Arbeitsvertrages durch den von ihm zu vertretenden Arbeitgeber nicht zugestimmt hat, die ohne seine Billigung erfolgte Beschäftigung des Arbeitnehmers will. Auch von daher kann deshalb ein Vergütungsanspruch gegen den nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber nach §§ 683 S. 1 670 BGB nicht begründet werden¹⁴⁸⁾.

Ebenso entstehen aus der auftraglosen Geschäftsführung in den hier behandelten Fällen keine Pflichten des Arbeitnehmers nach § 677 BGB. Sie setzen eine gerechtfertigte Übernahme der Geschäftsführung voraus¹⁴⁹⁾. Daran fehlt es, wenn jene weder genehmigt wurde noch dem

146) Staudinger-Nipperdey, Anm. 11 zu § 683, 26 zu § 677 mit weiteren Nachw.; Denecke in RGRK, Anm. 1 zu § 682; Soergel-Erdsiek-Mühl, Anm. 2 zu § 682; Erman-Hauß, Anm. 4 zu § 682.

147) Staudinger-Nipperdey, Anm. 6 zu § 683; Erman-Hauß, Anm. 2 b zu § 683.

148) Das Fehlen einer Möglichkeit, in den vorliegenden Fällen die Ansprüche der Beteiligten aus §§ 677 ff BGB zu begründen, läßt auch hier das Bestreben Dorns, alle "faktischen Vertragsverhältnisse" der Geschäftsführung ohne Auftrag zuzuordnen (so in NJW 1964 S. 799 ff), scheitern.

149) Staudinger-Nipperdey, Vorbem. 13 ff vor § 677, Anm. 21 mit weiteren Nachw. und überzeugender Ablehnung der Gegenmeinung (z.B. Palandt-Gramm, Anm. 4 b zu § 677); ferner Larenz: Schuldrecht 60. II S. 246 f.

Willen des gesetzlichen Vertreters entsprach.

- 3.2 Daher läßt sich auch hier ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers allenfalls aus den §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB begründen.

Auf die Schwierigkeit, die sich aus dem Erfordernis einer Feststellung der Bereicherung im konkreten Fall ergibt, ist bereits hingewiesen worden ¹⁵⁰⁾. Sie läßt sich auch kaum mit dem sog. Ersparnisgedanken ausräumen. Eine Ersparnis des Lohnes einer anderen Arbeitskraft wäre nur eingetreten, wenn es dem nicht geschäftsfähigen Arbeitgeber möglich gewesen wäre, statt des tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmers einen anderen einzustellen und sich diesem gegenüber wirksam zur Lohnzahlung zu verpflichten ¹⁵¹⁾. Das aber hängt davon ab, ob im letzteren Fall der gesetzliche Vertreter des Arbeitgebers für ihn bei Abschluß des Arbeitsvertrages tätig geworden wäre bzw. eingewilligt hätte. Daran wird es nahezu immer fehlen, wenn der gesetzliche Vertreter die tatsächlich erfolgte Einstellung eines Arbeitnehmers nicht genehmigt hat ¹⁵²⁾.

Ist sonach in diesem Bereich die Zuhilfenahme des Ersparnisgedankens zur Feststellung einer Bereicherung des Arbeitgebers und ihres Umfanges so gut wie stets ausgeschlossen, so kann ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aus §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB nur bei Ermittlung einer wirklich eingetretenen Vermögensverbesserung auf seiten des Arbeitgebers in deren Höhe oder bei Feststellung einer sonst anderweitig begründeten

150) Vgl. oben S. 29 ff.

151) Vgl. LG Münster in NJW 1964 S. 51, 52, sowie OLG Hamm in NJW 1966 S. 2357 (II 1), für den Fall der Bereicherungshaftung Minderjähriger aus Kraftfahrzeugmietverträgen.

152) Vgl. Staudacher in NJW 1961 S. 1907, 1908. Eine Ausnahme kann nur dann gelten, wenn sich die Weigerung des gesetzlichen Vertreters zur Genehmigung der erfolgten Einstellung auf Vorbehalte gegen gerade den beschäftigten Arbeitnehmer stützt.

- 37 -

Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bejaht werden ¹⁵³⁾. Angesichts dessen wird eine Abwicklung des unwirksamen Arbeitsvertrages nach Bereicherungsgrundsätzen längst nicht in allen Fällen zu einem Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers führen ¹⁵⁴⁾.

Die sich sonst neben der Arbeits- und Lohnzahlungspflicht aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen der Beteiligten regeln sich nach den zum Verschulden vor oder bei Vertragsschluß entwickelten Haftungsgrundsätzen. Hiernach treffen den nicht geschäftsfähigen

153) Die seitens des LG Münster in NJW 1964 S. 51, 52 besonders hervorgehobene weitere Begründung für die Versagung eines Bereicherungsanspruchs, nach der dessen Gewährung dem gesetzlich beabsichtigten Minderjährigenschutz widersprechen soll, ist zumindest in dieser allgemeinen Form nicht haltbar. Entweder gelangt man zu dem Ergebnis, daß der nicht voll Geschäftsfähige wegen Fehlens einer Bereicherung bzw. Ersparnis nichts erlangt hat, dann fehlt es an einem erstattungsfähigen Vermögensvorteil, oder man kann eine Bereicherung der vorgenannten Art feststellen, dann ist sie auch zurückzugewähren bzw. nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Im ersten Fall bedarf es keines Eingehens auf den Minderjährigenschutz, im zweiten steht er der Herausgabe einer Bereicherung nicht entgegen, da kein Anlaß besteht, dem Minderjährigen über die Verhinderung von Vermögensnachteilen hinaus nicht gerechtfertigte Vorteile zu gewähren.

154) Diejenigen, welche dem Arbeitnehmer bei unwirksamen Arbeitsvertrag einen Bereicherungsanspruch gegen den nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber zubilligen (so Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 191; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 3; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 41; Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 91 ff; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32; Schlegelberger-Schröder, Anm. 15 zu § 59 HGB; Clasen in DJ 1941 S. 967), gehen auf diese doch vielfach bestehenden Zweifel nicht ein. Daher läßt sich bei ihnen auch nicht -zumindest nicht mit Sicherheit- feststellen, ob sie in jedem Fall und gegebenenfalls in welchem Umfang einen Anspruch gewähren wollen. Lediglich Dölle a.a.O. S. 93 hält u.U. nach Treu und Glauben einen "Entschädigungsanspruch" für gerechtfertigt.

gen Arbeitgeber keine Pflichten, deren Verletzung ihn schadensersatzpflichtig machen könnte ¹⁵⁵⁾. Dem Arbeitnehmer hingegen obliegen die sich aus dem vorvertraglichen - hier besser quasivertraglichen - Vertrauensverhältnis ergebenden Sorgfalts- und Erhaltungspflichten ¹⁵⁶⁾.

Daneben können Schadensersatzpflichten der Parteien nach §§ 823 ff BGB, für den Arbeitgeber mit den sich aus §§ 827 f BGB ergebenden Beschränkungen, bestehen.

- 3.4 Die auch hier zu stellende Frage nach einer Begründung von Ansprüchen des Arbeitnehmers unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ¹⁵⁷⁾ läßt sich bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers noch weniger als im umgekehrten Fall nach allgemein wertenden Grundsätzen beantworten. Hier besteht nicht nur die von Dölle betreffend hervorgehobene Schwierigkeit einer Fixierung nach einzelnen Voraussetzungen ¹⁵⁸⁾. Man wird vor allem, sieht man das Schutzprinzip zugunsten des nicht Geschäftsfähigen als schlechthin vorrangig an ¹⁵⁹⁾, konsequenterweise auch im Rahmen einer Abwägung nach § 242 BGB kaum zu einer Begründung von Ansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Angehörigen des so geschützten Personenkreises gelangen können ¹⁶⁰⁾.

155) Vgl. S. 33 ff, insbesondere S. 37 ff.

156) Dazu, daß diese nicht alle arbeitsvertraglichen Pflichten umfassen, s. S. 35 f hinsichtlich der Verpflichtungen des Arbeitgebers. Verpflichtungen des Arbeitnehmers, die sich als spezifisch arbeitsvertragliche Treuepflichten einer Begründung lediglich nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo entziehen und somit in den vorliegenden Fällen nicht entstehen können, wären die Verschwiegenheitspflicht, die Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb u.a. (s. die Zusammenstellung der Treuepflichten bei Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 241 ff, 249 ff).

157) Vgl. die in Anm. 154 zitierte Ansicht Dölles.

158) A.a.O. S. 92 Anm. 2, S. 93.

159) So insbesondere Hueck a.a.O. S. 190 Anm. 23; im Ergebnis ferner die in Anm. 154 Genannten.

160) Vgl. etwa RG in DR 1944 S. 728 f.

4.2 Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Bei strikter Anwendung der BGB-Regeln ist der Arbeitnehmer aus dem mangels Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers unwirksamen, aber vollzogenen Arbeitsvertrag nur nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung sowie die unerlaubten Handlungen berechtigt. Er haftet dem Arbeitgeber für die Erfüllung eines Teils der sonst arbeitsvertraglichen Pflichten nach den Grundsätzen über die culpa in contrahendo sowie nach §§ 823 ff BGB. Darüber hinaus bestehen keine Rechte und Pflichten der Beteiligten.

2. Kapitel Versuche einer spezifisch arbeitsrechtlichen Lösung zur Abwicklung der auf Grund fehlender Geschäftsfähigkeit nicht wirksamen Arbeitsverträge.

- I. Stellungnahme zu den Rechtsfolgen der nach §§ 104 ff BGB fehlerhaften Arbeitsverträge.
1. Die Rechtsfolgen für die Zukunft.

Soweit Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages sich auf seinen Bestand in der Zukunft erstrecken, bestehen gegen eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 104 ff BGB und ihre Folgen keine Bedenken. Durch die Versagung der Wirksamkeit des Vertrages sollen die Parteien eben gerade nicht zu dessen Erfüllung verpflichtet werden. Da ein Erfüllungszwang nicht besteht, brauchen die Vertragsbeteiligten das rechtlich mangelhaft begründete Verhältnis nicht fortzusetzen. Abwicklungsschwierigkeiten, die auf einer nicht rückgängig zu machenden Lage beruhen, bestehen insoweit nicht. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer können daher das auf fehlerhaftem Arbeitsvertrag beruhende Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos beendigen ¹⁶¹⁾.

161) Einhellige Auffassung; vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190, 191; Nikisch Bd. I S. 175, 219; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 1; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 103 zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88; Stahlhacke, Anm. V 4 a zu § 105 GewO; Dietz, Anm. 29, 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; vgl. ferner BAG in AP Nr. 1 zu § 611 (Faktisches Arbeitsverhältnis); in AP Nr. 6 zu § 15 SchwBeschG; BAG in DB 1962 S. 242.

2. Die Rechtsfolgen aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag.

Bei dem in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrag kann dagegen dessen Abwicklung für die Zeit des Vollzuges streng nach den Vorschriften des BGB, wie sie oben erörtert wurde, zu unerwünschten, den Arbeitsvertragsparteien oder einer von ihnen nicht zumutbaren Ergebnissen führen ¹⁶²⁾. Die Ersetzung des Lohnanspruchs durch eine ihrer Höhe nach schwer feststellbare, in vielen Fällen auch dem Grunde nach zweifelhafte Bereicherungsforderung erscheint unbillig. Der Satz, jede Arbeit sei ihres Lohnes wert, stellt zwar keine Rechtsnorm dar; er gibt aber die allgemeine Auffassung wieder, daß dem Arbeitnehmer, der seine Leistung erbracht hat, hierfür eine Vergütung gezahlt werden soll ¹⁶³⁾. Dieser Ansicht liegt zugrunde, daß der Arbeitnehmer typischerweise der wirtschaftlich abhängige, für seinen Lebensunterhalt und den seiner Angehörigen auf den Lohn als regelmäßig einzige Existenzgrundlage angewiesene Partner des Arbeitsverhältnisses ist ¹⁶⁴⁾. Der hieran anknüpfende soziale Gedanke und seine Verwirklichung erscheinen so bedeutungsvoll, daß die Verfassungen der nach Art. 72 Abs. 1, 74 Nr. 12 GG für das Arbeitsrecht als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung zeitlich primär zuständigen Bundesländer teilweise Garantiebestimmungen zum Lohnanspruch des Arbeitnehmers enthalten ¹⁶⁵⁾. Es kann hier offen bleiben, ob solche Ver-

162) In Vollzug gesetzt ist der Arbeitsvertrag nicht nur bei Antritt der Arbeit durch den Arbeitnehmer, sondern im Falle der Vereinbarung eines zeitlich bestimmten Beginns des Arbeitsverhältnisses auch mit diesem Zeitpunkt, selbst wenn eine Arbeitsleistung nicht erbracht wird (etwa in den durch §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO geregelten Fällen); so mit Recht Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 185 Anm. 5.

163) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld S. 150.

164) Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 85.

165) Vgl. Art. 168 der Bayrischen Verfassung, wonach jede ehrliche Arbeit den gleichen sittlichen Wert und Anspruch auf ein angemessenes Entgelt hat; Art. 33 der Hessischen Verfassung fordert, daß das Arbeitsentgelt zum Lebensunterhalt für den Arbeitenden und seine Unterhaltsberechtigten ausreichen muß; ähnlich Art. 56 S. 1 der Verfassung von Rheinland-Pfalz und Art. 24 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen.

fassungsnormen dem einzelnen Arbeitnehmer Ansprüche gewähren oder ob sie lediglich Programmsätze für den Gesetzgeber und Auslegungsrichtlinien bei der Anwendung geltenden Rechts darstellen ¹⁶⁶⁾. Jedenfalls ist in ihnen der Grundsatz einer Vergütungspflicht des Arbeitgebers für in Anspruch genommene Arbeitsleistungen auch rechtlich zum Ausdruck gekommen ¹⁶⁷⁾.

Hiernach macht es, da die genannten Bestimmungen von der sozialen Situation des Arbeitnehmers ausgehen, grundsätzlich keinen Unterschied, wie die Grundlage der Arbeitsleistung jeweils beschaffen ist, ob und an welchen Mängeln der Arbeitsvertrag leidet. Der angemessenen Entlohnung des Arbeitnehmers kommt eine so wesentliche Bedeutung zu, daß versucht werden muß, einen Vergütungsanspruch, soweit eben möglich, zu begründen. Das gleiche gilt, soweit neben dem Lohnanspruch die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hergeleiteten Rechte des Arbeitnehmers in Betracht kommen.

Umgekehrt würde es in der Regel - wenn auch nicht von sozialen Gesichtspunkten gefordert - ebenfalls dem Interesse des Arbeitgebers entsprechen, daß das Arbeitsverhältnis für die Zeit seines tatsächlichen Vollzuges als wirksam begründet behandelt würde. In diesem Fall hätte der Arbeitgeber Ansprüche aus der Verletzung der spezifisch arbeitsvertraglichen Pflichten durch den Arbeitnehmer ¹⁶⁸⁾. Inwieweit allerdings bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers seine Interessen eine andere Wertung erfordern, ist später zu prüfen.

166) Im Sinne der ersten Alternative wenigstens teilweise Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 33 f; die letztere bejahen u.a. Bötticher in RdA 1953 S. 161, 165; Küchenhoff in Festschrift für Nipperdey Bd. II S. 317, 346; vgl. auch BVerfGE Bd. 1 S. 97, 105.

167) Siebert a.a.O. S. 85; ders. in RdA 1958 S. 366, 370.

168) Darauf, daß der Ausschluß der Nichtigkeitsfolgen auch dem Interesse des Arbeitgebers entsprechen kann, weist Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 236, hin.

II. Ergebnisse der in Literatur und Rechtsprechung unternommenen Lösungsversuche.

Unter verschiedenen Gesichtspunkten und mit mannigfaltigen Begründungen hat man in Rechtsprechung und Literatur versucht, den hier aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Abwicklung des unwirksamen Arbeitsvertrages abzuhelpfen. Dabei hat sich als herrschende Meinung herausgestellt:

Bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers stehen diesem aus dem vollzogenen Arbeitsverhältnis die gleichen Rechte zu, die er bei Wirksamkeit des Arbeitsvertrages hätte ¹⁶⁹⁾; vertragliche Pflichten obliegen ihm

169) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Nikisch Bd. I S. 218; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 1 - 2 a; Bobrowski-Gaul S. 88, 159 f; Kaskel-Dersch S. 25 ff; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 173; Haupt in Festschrift für Siber Bd. II S. 5 ff; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 406; Schnorr v. Carolsfeld S. 150 ff; Riezler: Venire contra factum proprium S. 137 f; Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 110; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO; Dietz, Anm. 29, 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 206; Enneccerus-Lehmann § 145 III 3; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32.
A.A. Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 91 ff; wohl auch Schlegelberger-Schröder, Anm. 7 zu § 59 HGB. Vgl. auch den besonderen Lösungsversuch Rams: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 42 f.

Zur Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen auf eine Wirkung nur für die Zukunft bei Anfechtung des Arbeitsvertrages vgl. Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 240 ff; Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 68; ders. in JuS 1964 S. 141 ff; BAGE Bd. 5 S. 159 ff; jeweils mit weiteren Nachw.

Aus der Rechtsprechung zur Abwicklung des Arbeitsvertrages bei sonstigen Nichtigkeitsgründen vgl. BAGE Bd. 5 S. 59, 67 (Formmangel); BAG in AP Nr. 1 zu § 611 BGB (Doppelarbeitsverhältnis); s. ferner die Zusammenstellung von BAG in BB 1967 S. 462 f; BGH in NJW 1964 S. 1367 (Fehlen eines Vertrages mit Vorstandsmitglied einer AG).

hingegen nicht ¹⁷⁰⁾).

Ist der Arbeitsvertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers unwirksam, so verbleibt es nach der überwiegenden Ansicht bei den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln; der Arbeitnehmer kann für die Zeit der Verwirklichung des unwirksamen Arbeitsvertrages nur bereicherungs- und deliktsrechtliche Ansprüche geltend machen ¹⁷¹⁾. Die Pflichtenstellung des Arbeitnehmers wird nicht ausdrücklich behandelt; insoweit wäre über eine deliktsrechtliche Haftung hinaus allenfalls an die Heranziehung der Grundsätze über culpa in

170) Hueck a.a.O. S. 190; Stahlhacke a.a.O.; Staudinger-Coing a.a.O.; Staudinger-Nipperdey-Neumann a.a.O.; Soergel-Hefermehl a.a.O.; Soergel-Wlotzke-Volze a.a.O.; Sauerbier a.a.O. 2 c; Riezler a.a.O. S. 139; wohl auch Beitzke a.a.O. sowie Haupt a.a.O. S. 31, wo auf die Fähigkeit zur Selbstgestaltung von Rechten und Pflichten abgestellt wird; vgl. ferner LAG Düsseldorf in DB 1962 S. 606. A.A. Nikisch a.a.O. S. 218 f; Siebert a.a.O. S. 88; Dietz, Anm. 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; Simitis in JZ 1964 S. 740, 742 Anm. 18; offenbar auch Maus a.a.O. S. 173; für Fälle der Lohnungleichheit zwischen Minderjährigen und Erwachsenen auch Ramm a.a.O. S. 43.

171) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 191; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 3; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 42 f; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32 f. A.A. Dietz, Anm. 29, 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; Nikisch a.a.O. S. 219; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88 f; Simitis in JZ 1964 S. 740, 742; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104; Flume a.a.O. S. 206 f (mit Beschränkung auf eine Billigkeitshaftung entsprechend § 829 BGB).

contrahendo zu denken 172) 173).

III. Vorgehen bei der Untersuchung der Vereinbarkeit arbeitsrechtlicher Sonderlösungen mit dem geltenden Recht.

Wie bereits erwähnt, sind die Begründungen, mit denen man zu mehr oder weniger von den strengen Nichtig-

172) Vgl. hierzu Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 67 ff; Beitzke a.a.O. S. 33.

173) Von Interesse sind auch die Regelungen, welche die Entwürfe zum Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetz von 1923 (Reichsarbeitsblatt 1923 S. 498 ff) und zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis von 1938 (Nr. 8 der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht v. 1938) vorsahen, die im Entwurf einer Kodifikation des Arbeitsrechts in Österreich (Wiedergabe in RdA 1960 S. 445 ff) beabsichtigten Vorschriften sowie die im "Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik" vom 12.4. 1961 (Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik I S. 27) getroffene Regelung.

Im Entwurf 1923 heißt es:

§ 52 Bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer für geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrag zu beanspruchen.

Der Entwurf von 1938 enthält folgende Bestimmungen:

§ 4 (2) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag finden keine Anwendung. Die sonstigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten insoweit, als sich nicht aus diesem Gesetz oder aus dem Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft etwas anderes ergibt.

§ 10 (1) Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Gefolgsmannes kann der Unternehmer dem Gefolgsmann für die Zeit, in der er ihn beschäftigt hat, nicht entgegensetzen.

(2) Auf sonstige Fälle der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses kann sich für die Zeit der tatsächlich erfolgten Beschäftigung weder der Unternehmer noch der Gefolgsmann berufen, solange dem anderen Teil die Nichtigkeit unbekannt war.

Im österreichischen Entwurf heißt es:

§ 10 (2) Ein aus einem nichtigen Arbeitsvertrag hervorgegangenes Arbeitsverhältnis wird

keitsfolgen des BGB abweichenden Ergebnissen gelangt, verschieden. Deshalb ist es nunmehr erforderlich, unter Abhandlung dieser Konstruktionsversuche zu fragen, ob und inwieweit sie selbst sowie die mit ihrer Hilfe gewonnenen Ergebnisse der Sache nach vertretbar sind, d.h. welche Lösung allein dem geltenden Recht entspricht. Hierzu ist zunächst die Feststellung des richtigen rechtlichen Ausgangspunktes (Vertragstheorie, Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Eingliederungstheorie) erforderlich. Alsdann ist zu prüfen, inwieweit Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses im Rahmen der Vertragslehre eine gesetzlich noch zulässige abweichende Regelung erfordern und gestatten. Schließlich sind etwaige Folgerungen hieraus für die Rechte und Pflichten der Parteien des mangels Geschäftsfähigkeit eines Partners unwirksamen, aber vollzogenen Arbeitsvertrages zu ziehen.

solange als gültig behandelt, als die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht erfolgt.

- (3) Wird die Nichtigkeit durch den Mangel der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers bewirkt, entsteht für diesen auch für die Zeit vor Geltendmachung der Nichtigkeit keine vertragliche Verpflichtung.

Das "Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik" enthält folgende einschlägige Vorschrift:

- § 23 (1) Der Arbeitsvertrag muß den gesetzlichen Bestimmungen und den Rahmenkollektivverträgen entsprechen.
- (2) Entspricht der Arbeitsvertrag nicht diesen Bestimmungen (z.B. Beschäftigungsverbot, Berufsausübungsverbot, fehlende Schriftform, fehlende Zustimmung des Sorgeberechtigten) oder schließt der Vertreter eines Betriebes unter Überschreitung der ihm erteilten Befugnisse Arbeitsverträge ab, so sind die Mängel durch die Beteiligten zu beseitigen oder der Arbeitsvertrag ist nach den §§ 31-35 aufzulösen.

Nach dieser Vorschrift ist der Vertrag trotz seiner Mängel bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses (im Wege des Aufhebungsvertrages oder der Kündigung, § 31 Abs. 1 bis 3) wirksam.

IV. Die Vertragstheorie als Ausgangspunkt einer rechtlichen Lösung.

1. Der Standpunkt der Vertragstheorie

Für die Folgen der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ist sein Verhältnis zu dem durch ihn begründeten Arbeitsverhältnis von erheblicher Bedeutung. Nach der Vertragslehre des BGB, wie sie von den Vertretern der sog. Vertragstheorie grundsätzlich auch auf das Arbeitsverhältnis angewandt wird, kann Rechtsgrundlage eines solchen Verhältnisses nur ein wirksam geschlossener Arbeitsvertrag sein ¹⁷⁴⁾. Von diesem Ausgangspunkt gelangt man konsequenterweise zu den bereits behandelten und wenigstens teilweise als nicht interessegemäß empfundenen Ergebnissen. Daher hat man versucht, diese Folgen durch ein Abgehen von der Voraussetzung des Arbeitsvertrages als des Entstehungsgrundes arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten zu beseitigen.

2. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ¹⁷⁵⁾.

Diese Theorie, die über den Bereich des Arbeitsverhältnisses hinausgeht, sieht neben dem Vertrag als gleich-

174) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 113 ff mit zahlreichen Nachw.; Staudinger-Nipperdey-Mohren, Anm. 31 ff vor § 611; Erman-Küchenhoff, Anm. 3 II a zu § 611; ders. in RdA 1955 S. 323 ff; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Bobrowski-Gaul S. 82, 88; Kaskel-Dersch S. 25; Schlegelberger-Schröder, Anm. 2 zu § 59 HGB; Enneccerus-Lehmann § 145 III 3; Lehmann in Jh.Jb. Bd. 90 S. 131, 135; ders. in NJW 1958 S. 1, 3 ff; Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 93, 96 ff; Bötticher in RdA 1955 S. 321 f; Dietz, Anm. 22 zu § 4 BetriebsverfG; Clasen in DJ 1941 S. 967 f; Nipperdey in MDR 1957 S. 129; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 28 ff; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 76 f; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 29; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 235; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 75 f.

175) Grundlegend Haupt in Festschrift für Siber Bd. II S. 5 ff; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse, insbes. S. 379 ff; offenbar auch Schnorr v. Carolsfeld S. 150 ff ("De-facto-Arbeitsver-

wertigen Entstehungsgrund von Rechten und Verpflichtungen die "verwirklichte Lebensbeziehung" an ¹⁷⁶⁾. Im Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber stellt sich als solche die tatsächliche Aufnahme der Arbeit dar, durch die der Arbeitnehmer in ein Gemeinschaftsverhältnis eingeordnet wird ¹⁷⁷⁾. Dieses Faktum begründet die gleichen Rechte und Pflichten unter den Beteiligten, wie sie im Rahmen eines auf einem wirksamen Vertrage beruhenden Arbeitsverhältnisses bestehen ¹⁷⁸⁾. Nach der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen würden sonach die sonst durch den Arbeitsvertrag erzeugten Rechtsfolgen auch bei Fehlen der Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten eintreten können, da die soziale Lebensbeziehung unabhängig von den nur für rechtsgeschäftliches Handeln geltenden Erfordernissen der Geschäftsfähigkeit verwirklicht wird.

Schon die hier berührte Frage der Bedeutung der Geschäftsfähigkeit für die Rechtsgestaltung im Rahmen faktischer Vertragsverhältnisse begründet erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Lehre mit dem geltenden Recht. Nach unserer Rechtsordnung bildet die auf dem Boden der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie vollzogene willentliche Regelung die Grundlage der Rechtsbeziehungen mehrerer Personen zueinander. Hieraus erklären sich die Bestimmungen über die Maßgeblichkeit des rechts-

hältnis"); Betti in Festschrift für H. Lehmann Bd. I S. 253 ff. Zum Stand der Diskussion vgl. Nikisch in Festschrift für Bölle Bd. I S. 79 ff; s. ferner Larenz: Schuldrecht Bd. I S. 33 ff (Schuldverhältnisse aus sozialem Kontakt) und BGHZ Bd. 21 S. 319 ff ("Parkplatzentscheidung").

176) Haupt a.a.O. S. 8 f.

177) Haupt a.a.O. S. 19 ff; Simitis (a.a.O. S. 391) spricht dabei allerdings nicht von der Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis, zu dem er das Arbeitsverhältnis ohnehin nicht zählt, sondern sieht als maßgebend die Leistung von Arbeit an (S. 391), was aber hier im Ergebnis unerheblich ist.

178) Haupt a.a.O. S. 19; Simitis a.a.O. S. 392, 394.

geschäftlichen Willens, die in den Vorschriften des BGB über das Recht der Willenserklärungen enthalten sind ¹⁷⁹⁾. Daß das BGB derartige Regeln für ein rechtlich relevantes Verhalten i.S. der faktischen Vertragsverhältnisse nicht enthält, könnte schon auf den Widerspruch dieser Rechtskonstruktion zu den geltenden Normen hindeuten.

Wegen des Fehlens einschlägiger Normen besteht auch Unklarheit darüber, welche persönlichen Erfordernisse derjenige erfüllen muß, dessen Handlungen vertragsrechtlich konstitutiv wirkende "Fakten" darstellen sollen. Haupt ¹⁸⁰⁾ will die Frage nach der Relevanz der Geschäftsfähigkeit für die Entstehung von Rechten und Pflichten innerhalb faktischer Vertragsverhältnisse im Hinblick darauf beantworten, in welchem Maße bei dem fraglichen Lebensbereich nach Lage der Dinge den persönlichen Eigenschaften der Beteiligten und insbesondere der ihnen von der Rechtsordnung beigelegten Fähigkeit zur verbindlichen Selbstgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen Bedeutung zugemessen werden kann. Stellt man auf die von der Rechtsordnung beigelegte Fähigkeit zur verbindlichen Selbstgestaltung der Rechtsbeziehungen ab, so bietet die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen in den hier interessierenden Fällen keine anderen Lösungsmöglichkeiten als die "reine" Vertragslehre; da die Rechtsordnung für die Begründung von Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Beteiligten oder eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters voraussetzt, kann hier auch das faktische Arbeitsverhältnis keine vertragsrechtlichen Folgen zei-

179) Vgl. Erman-Westermann, Einl. 2 zu § 104; Schwimann: Die Institution der Geschäftsfähigkeit S. 38 f; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 182.

180) A.a.O. S. 31.

tigen ¹⁸¹⁾. Läßt man dagegen unabhängig von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ihre persönlichen Eigenschaften, insbesondere ihre Einsichtsfähigkeit als Voraussetzung für eine vollwertige Mitgliedschaft in der Betriebsgemeinschaft, maßgebend sein ¹⁸²⁾, gerät man mit dem geltenden Recht in Widerspruch. Die gesetzliche Ausgestaltung der Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff BGB setzt aus Gründen der Rechtssicherheit abstrakte feste Grenzen ¹⁸³⁾, die man auch bei der Beurteilung des Entstehens von Rechtspositionen innerhalb faktischer Vertragsverhältnisse zu beachten hat ¹⁸⁴⁾.

-
- 181) So im Ansatz auch Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 404 ff. Nach ihm können die Nichtigkeitsgründe des Allgemeinen Teils BGB auch für das faktische Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein, wobei im Einzelfall der mit dem Nichtigkeitsgrund verfolgte Zweck maßgebend ist (a.a.O. S. 404 f). Wenn Simitis aus dem Zweck der §§ 104 ff BGB als Schutznormen zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen gleichwohl eine "Wirksamkeit" des faktischen Arbeitsverhältnisses folgert (a.a.O. S. 406), geht er denselben Weg, den die Vertragstheorie weist. Insoweit kommt also der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen keine Sonderstellung zu.
- 182) So Betti in Festschrift für H. Lehmann Bd. I S. 253, 267 mit Anm. 50.
- 183) Flume: Das Rechtsgeschäft S. 183 f.
- 184) Erman-Hefermehl, Anm. IV 2 vor § 145. A.A. allerdings LG Bremen in NJW 1966 S. 2360 f, hinsichtlich der Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten (Straßenbahnbenutzung). Unter Berufung auf Larenz in NJW 1956 S. 1897 ff, und BGHZ Bd. 21 S. 319 ff, wird dort aus der Inanspruchnahme von Massenversorgungsleistungen ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen das Zustandekommen einer vertraglichen Verpflichtung unabhängig vom Vorliegen der Geschäftsfähigkeit hergeleitet. Dieser Fall hätte wohl Anlaß gegeben, die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zu überprüfen (so besonders eingehend und sachlich richtig Küchenhoff in RdA 1958 S. 121, 122 in einer die zitierte Parkplatzentscheidung des BGH ablehnenden Stellungnahme). Zu LG Bremen vgl. etwa die mit Recht ablehnende Anm. von Medicus in NJW 1967 S. 354 f.

Ergibt sich also aus der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen schon im Hinblick auf das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit keine Lösung für die hier behandelten Fälle, so bedarf es keiner eingehenden Wertung dieser Theorie im übrigen. Die gegen sie vorgebrachten Bedenken, aus denen sich ihre Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht ergibt, haben mit Recht zu ihrer Ablehnung durch die h.M. geführt ¹⁸⁵⁾.

3. Die Theorie Müllereiserts.

Schwierig einzuordnen, aber in weiterem Sinne der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen zuzurechnen, ist die Theorie Müllereiserts ¹⁸⁶⁾. Nach ihr ist der Arbeitsvertrag zwar Grundlage des Arbeitsverhältnisses ¹⁸⁷⁾. Die dem schuldrechtlichen Vertragsinhalt wesensfremde Eigenart der Arbeitsleistung, die durch sie begründete personenrechtliche Gemeinschaft, soll das Arbeitsverhältnis aber einem Sonderrecht unterwerfen ¹⁸⁸⁾. Schuldrechtliche Regeln gelten nur, soweit der Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses nicht berührt wird ¹⁸⁹⁾.

Mit dieser Ansicht befindet sich Müllereisert in Übereinstimmung mit einer weithin verbreiteten Meinung, die sowohl den Gemeinschafts- als auch den personenrecht-

185) Lehmann in Jh.Jb. Bd. 44 S. 133 ff; ders. in NJW 1958 S. 1 ff; Enneccerus-Lehmann §§ 26 IV, 145 III 3; Wolff in NJW 1953 S. 1250; Nipperdey in MDR 1957 S. 129; Enneccerus-Nipperdey § 163 VII; Sörgel-Reimer Schmidt, Anm. 2 vor § 305; Staudinger-Going, Einl. 75 vor §§ 104 ff; Erman-Hefermehl, Anm. IV 2 vor § 145; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 97 ff; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 215 f, 236; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 26.

186) Müllereisert: Vertragslehre, hier besonders S. 218 ff; ders. in DAR 1938 S. 280 ff. Vgl. ihre Darstellung und Kritik durch Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 306 ff.

187) In DAR 1938 S. 281.

188) In DAR 1938 S. 281.

189) In DAR 1938 S. 282.

lichen Charakter des Arbeitsverhältnisses betont und in ihnen Ansatzpunkte für eine rechtliche Lösung zu finden glaubt ¹⁹⁰⁾. Die Schwierigkeit der Begründung eines sog. faktischen Arbeitsverhältnisses ohne Vertrag ist damit aber nicht ausgeräumt. Müllereisert sieht eine Lösung in der Unterscheidung zwischen "Willenserklärungsversprechensverträgen" und "Leistungshaftungsverträgen" ¹⁹¹⁾. Erstere entsprechen den auf der Willenseinigung beruhenden Verträgen "herkömmlicher" Art; letztere sind Rechtsbeziehungen mit Vertragswirkungen, die als Folgen eines bestimmten Verhaltens ohne ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten von der objektiven "Umweltrechtsbewertung" gesetzt werden ¹⁹²⁾. Durch die Aufnahme der Arbeit soll ein Haftungsbegründungsvertrag entstehen, für den es auf eine Willenserklärung nicht ankommt. Dieser Grundsatz soll auch für das faktische Arbeitsverhältnis gelten ¹⁹³⁾.

Zur weiteren Begründung wird der Gedanke der Rechtsanmaßung hinzugezogen; ihm liegt das Postulat zugrunde, daß derjenige, der für sich eine rechtliche Position erfolgreich in Anspruch genommen hat, sämtliche damit verbundenen Pflichten erfüllen muß ¹⁹⁴⁾. Insgesamt ergibt sich hieraus die Entstehung aller (arbeitsvertraglichen) Rechte und Pflichten aus dem verwirklichten Arbeitsverhältnis, und zwar auch bei Vertragsmängeln, die auf dem Fehlen der Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten beruhen ¹⁹⁵⁾.

190) Hierauf ist unten (S.101) einzugehen; s. auch die dortigen Nachw.

191) S. Vertragslehre S. 155 ff, 172, 226.

192) Vertragslehre S. 82 ff.

193) Vertragslehre S. 218 ff. Dieser Gesichtspunkt dürfte es rechtfertigen, die Lehre Müllereiserts der Theorie von den faktischen Vertragsverhältnissen zuzurechnen.

194) Vgl. Vertragslehre S. 220.

195) Vertragslehre S. 218, 220, 226.

Diese Lehre läßt sich aus dem geltenden Recht nicht begründen. Die Scheidung zwischen zwei Arten von Verträgen, die beide ohnehin zusammen jeweils im "üblichen" Vertrag vertreten sind, hilft nicht weiter, wenn es überhaupt an einem wirksamen Vertrag fehlt ¹⁹⁶⁾. Sie bedeutet als solche auch keinesfalls, daß für den einen Typus das Vertragsrecht, hier insbesondere auch die §§ 104 ff BGB, Anwendung findet, für den anderen nicht ¹⁹⁷⁾. Die "Umweltrechtsbewertung" vermag eine vom Gesetz oder seinen Wertungen abweichende Beurteilung gleichfalls nicht zu begründen. Entweder entspricht sie einem Institut des geltenden Rechts ¹⁹⁸⁾, dann kommt es auf sie ohnehin nicht an; oder sie findet keine gesetzliche Grundlage, so tritt sie hinter das geltende, allein maßgebliche Recht zurück. Die "Umweltrechtsbewertung" kann allenfalls als Gewohnheitsrecht Regelungswirkung entfalten. Daß die an die Bildung eines Gewohnheitsrechtssatzes zu stellenden Forderungen erfüllt sind, läßt sich in den Fällen der vorliegenden Art aber keinesfalls bejahen. Der von Müllereisert herangezogene Gesichtspunkt der Rechtsanmaßung schließlich rechtfertigt ebenfalls nicht die von ihm gezogenen Konsequenzen. Das BGB behandelt in verschiedenen Vorschriften Tatbestände einer Rechtsanmaßung (vgl. §§ 687 Abs. 2, 812 ff, in etwa auch § 823 BGB). Aus der so normierten Ausgleichsordnung läßt sich aber nicht allgemein herleiten, daß die tatsächliche Inanspruchnahme einer Leistung die sonst auf sie bezogenen vertragsrechtlichen Wirkungen auslöst.

196) Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 313 f.

197) Das gilt nicht einmal für die nicht unmittelbar hierzu zu rechnende Haftung wegen culpa in contrahendo (s. oben S. 37 ff mit Nachw.); a.A. allerdings Müllereisert: Vertragslehre S. 208, 210 f, der in derartigen Fällen die Haftung aus einem ohne Geschäftsfähigkeitserfordernis zustandekommenden "Haftungsvertrag" herleitet.

198) Vgl. hierzu Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 313.

Die hier gesuchten Lösungen lassen sich mittels der Theorie Müllereiserts sonach nicht gewinnen.¹⁹⁹⁾

4. Die Eingliederungstheorie.

Eng verwandt mit der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ist die auf den Bereich des Arbeitsverhältnisses beschränkte Eingliederungstheorie²⁰⁰⁾. Bestimmend für sie ist - zumindest in ihrer ursprünglichen Form - die scharfe Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis. Der Arbeitsvertrag ist hier nach ein Schuldvertrag, auf den im wesentlichen die für

199) Vgl. die weitere Kritik von Simitis a.a.O. S. 308 ff.

200) Grundlegend Siebert und Nikisch; vgl. Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit S. 85 ff; ders. in ZAKDR 1936 S. 14 ff; 44 ff; ders. in DAR 1937 S. 44, 305 ff, 338 ff; neuerdings aber ders.: Faktische Vertragsverhältnisse S. 68 f; Nikisch Bd. I S. 163 ff mit zahlreichen Nachw. aus der Literatur; ders.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 78 ff; ders. in RdA 1953 S. 81 ff; 1960 S. 1 ff; ferner Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 36 ff; ders. in RdA 1955 S. 41 ff; Molitor-Vollmer, Anm. 11 zu § 6 JugendarbeitsschutzG; Huber in JW 1937 S. 1111 f; in abgewandelter Form auch Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 138 ff, und Hessel in AR-Blattei, D Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VI B II. Aus der älteren Literatur vgl. Potthoff in ArbR 1922 Sp. 267 ff, insbesondere Sp. 277, 278, der aus dem sozialrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses auch bei Fehlen eines wirksamen Arbeitsvertrages in vollem Umfang vertragliche Ansprüche herleitet.

Die Lehre Nikischs ist, wie im Laufe der Erörterung auffallen wird, mit der Zeit mehrfach modifiziert worden (hierzu vgl. auch Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 115 Anm. 6). Dabei sind unter teilweiser Änderung der Begründungen die Ergebnisse im wesentlichen beibehalten worden. Am klarsten ist die ursprüngliche Fassung der Konzeption Nikischs; deshalb ist von ihr auszugehen, zumal sich seine Stellungnahme zu Einzelproblemen im Ergebnis (etwa Nikisch Bd. I S. 175) nur aus der konsequenten Durchführung der Eingliederungstheorie rechtfertigen läßt.

derartige Verträge geltenden Vorschriften, so auch die §§ 104 ff BGB, Anwendung finden ²⁰¹⁾. Seinem Inhalt nach geht dieser Vertrag auf die Verpflichtung des Arbeitnehmers, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, und die Pflicht des Arbeitgebers, ihm hierfür Lohn oder Gehalt zu zahlen ²⁰²⁾. Das durch den Arbeitsvertrag begründete Schuldverhältnis verpflichtet den Arbeitnehmer nicht zu einer Erfüllung in Form einzelner Dienstleistungen, sondern zur Herstellung eines in der Eingliederung oder Einordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers bestehenden Zustandes ²⁰³⁾.

Erst in diesem Stadium setzt die eigentliche Wirkung des Arbeitsverhältnisses ein, indem die Arbeitspflicht aktuell wird, der Arbeitnehmer der Ordnung des Betriebes unterworfen ist, Treuepflichten hat und andererseits die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Anspruch nehmen kann ²⁰⁴⁾. Die Einordnung bzw. Eingliederung stellt sich gegenüber dem Arbeitsvertragsschluß als ein in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung selbständiger Vorgang dar, auch wenn beide zeitlich zusammenfallen können ²⁰⁵⁾. Sie erfolgt regelmäßig durch die Aufnahme des Arbeit-

201) Nikisch Bd. I S. 159 ff.

202) Nikisch a.a.O. S. 160 f; nicht dagegen verpflichtet sich der Arbeitgeber lediglich, den Arbeitnehmer einzustellen (so noch Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 41 f; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 95; Siebert in DAR 1937 S. 45, 309).

203) Nikisch Bd. I S. 160, 164 f; noch akzentuierter ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 86, 90, 92, 95, sowie Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 80 ff, wonach die Einstellung das Arbeitsverhältnis erst begründet; in diesem Sinne auch Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 36 ff sowie Hessel a.a.O.

204) Nikisch Bd. I S. 167.

205) Nikisch a.a.O. S. 166, 193.

nehmers in den Betrieb oder den sonstigen Arbeitsbereich²⁰⁶⁾. Obwohl die Eingliederung ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken der Arbeitsvertragsparteien erfordert, beruht sie nicht auf der Abgabe von Willenserklärungen, sondern besteht in einer tatsächlichen Erfüllungshandlung und ist mithin kein Rechtsgeschäft²⁰⁷⁾.

Diese Konzeption gestattet es, das Arbeitsverhältnis sowie die aus ihm entstehenden Rechte und Pflichten von etwaigen Mängeln des Arbeitsvertrages weitgehend unberührt zu lassen, sobald der Vertrag durch die Eingliederung in Vollzug gesetzt worden ist. Wenn auch der Arbeitsvertrag nichtig sein kann, so ist doch die das Arbeitsverhältnis begründende Einstellung als tatsächlicher Vorgang niemals nichtig²⁰⁸⁾.

Ein Arbeitsverhältnis ist sonach zustandegekommen, und es erhebt sich lediglich die Frage, ob dieses Verhältnis von der Rechtsordnung gebilligt wird und demgemäß die Wirkungen eines rechtlich anerkannten Arbeitsverhältnisses

206) Nikisch a.a.O. S. 163, 165 ff; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 89 ff.

207) Nikisch Bd. I S. 195; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 93 ff; ders.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 83 ff; Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 36.
A.A. aber Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 138 ff, der in Arbeitsvertragsschluß und Einstellung ein zweistufiges Rechtsgeschäft sieht, bei dem die Einstellung das Erfüllungsgeschäft des Verpflichtungsvertrages darstellt. Dieses Erfüllungsgeschäft soll ebenfalls ein Rechtsgeschäft sein, welches das rechtswirksame Arbeitsverhältnis begründet (S. 140). Auch Hessel in AR-Blattei D Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis B II, und Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit S. 87 f, 89 f, lassen eine bloß tatsächliche Eingliederung nicht genügen. Sie fordern entweder zusätzlich einen wirksamen Arbeitsvertrag (Hessel) oder eine "Eingliederungseinigung" (Siebert).

208) Nikisch: Bd. I S. 173 f; ders.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 101; Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 37;
A.A. folgerichtig Maus a.a.O.; Hessel a.a.O.; teils auch Siebert a.a.O. S. 113.

ses haben kann 209).

Wendet man diese Grundsätze auf das Beschäftigungsverhältnis an, welches aus der von einem nicht geschäftsfähigen Beteiligten getroffenen und mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unwirksamen Vereinbarung hervorgegangen ist, so hat die Nichtigkeit des Vertrages nur die Bedeutung, daß eine Verpflichtung zu seiner Erfüllung nicht entstanden ist; hingegen folgt aus ihr nicht ohne weiteres, daß auch das dennoch begründete Arbeitsverhältnis keine Rechtswirkungen zeitigt 210). Die hierfür vielmehr entscheidende Frage, welche Wertung die Rechtsordnung dem Arbeitsverhältnis zulegt, wird von Nikisch dahin beantwortet, daß es für die Zeit seines Bestehens als für beide Beteiligten wirksam gilt. Dem nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmer gebührt ebenso wie bei Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrages ein Anspruch auf Lohn und Fürsorge 211); ebenso erfordert die soziale Schutzbedürftigkeit des von einem nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber Beschäftigten eine Begründung vertraglicher Ansprüche 212). Der Zweck der gesetzlichen Vorschriften, die hier das wirksame Zustandekommen des Arbeitsvertrages vereiteln, steht einer solchen Lösung nicht entgegen 213). Die §§ 104 ff BGB wollen zwar die Beschäftigung eines nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers ohne Billigung des gesetzlichen Vertreters - und entsprechend durch einen nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber - verhindern; ist sie gleich-

209) Nikisch Bd. I S. 173 ff; ders.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 101 ff.

210) Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 103; Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 37.

211) So Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 106.

212) Nikisch Bd. I S. 219.

213) Hierauf stellt Nikisch neuerdings ab, vgl. Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 125 ff; ders.: Bd. I S. 214 ff.

wohl erfolgt, so müssen sich aber aus der Eingliederung Rechte und Pflichten wie bei Vorhandensein eines wirksamen Arbeitsvertrages ergeben ²¹⁴⁾.

Die Lösungen der Eingliederungstheorie, wie sie in deren verschiedenen Formen ausgestaltet worden sind, überzeugen nicht ²¹⁵⁾. Gegenüber einer im Verhältnis zum Arbeitsvertrag konsequent durchgeführten Selbstständigkeit des durch bloß tatsächliche Eingliederung begründeten Arbeitsverhältnisses als des Rechtsgrundes von Ansprüchen der Beteiligten bestehen die gleichen Einwände, die gegen die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen geltend zu machen sind. Die tatsächliche Eingliederung kann de lege lata nicht als Begründungsakt für vertragliche Ansprüche gelten. Sie widerspricht dem Grundsatz, daß Rechtsverhältnisse, soweit sie nicht kraft gesetzlicher Vorschrift entstehen, durch Rechtsgeschäft begründet werden; ein Anhalt für daneben durch die Eingliederung erzeugte und als solche allein maßgebliche Arbeitsverhältnisse ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen ²¹⁶⁾. Auch

214) Nikisch Bd. I S. 218 ff; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 133 f (hinsichtlich des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers); so im Ergebnis auch die übrigen Vertreter der Eingliederungstheorie, vgl. Molitor: Deutsches Arbeitsrecht S. 37 f; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 172 f; Hessel a.a.O. D I 2, 3.

215) Vgl. hierzu insbesondere die ausführliche Kritik von Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 117 ff; ders. in RdA 1955 S. 323 ff; ferner Mansfeld in DAR 1936 S. 118 ff; Böttcher in RdA 1955 S. 321; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 101 f; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 16 f vor § 611; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 16, 39 vor § 611; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 75 f; vgl. ferner die oben in Anm. 174 Genannten.

216) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 120; Küchenhoff in RdA 1958 S. 122, 124; Mansfeld in DAR 1937 S. 125, 130; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 17 vor § 611; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 235; Wiedemann a.a.O. S. 75; entgegen seiner

hier ist zumindest ein Indiz für die Unvereinbarkeit dieser Theorie mit dem Gesetz, daß dieses keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für den angeblich rechtsbegründenden Eingliederungstatbestand enthält ²¹⁷⁾.

Ferner lassen einige Vorschriften des für das Arbeitsverhältnis maßgebenden Dienstvertragsrechts erkennen, daß das Gesetz das Arbeitsverhältnis in Form des Vertragsverhältnisses, nicht aber den durch die tatsächliche Einordnung herbeigeführten Zustand als Rechtsgrundlage etwaiger Ansprüche der Arbeitsvertrags-

früheren Auffassung wohl auch Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 76 f; vgl. ferner Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 340.

- 217) Gegenüber den Vertretern der Eingliederungstheorie, welche die Eingliederung als Rechtsgeschäft ansehen (Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 140) oder ihr rechtsbegründende Kraft nur im Zusammenhang mit einem wirksamen Arbeitsvertrag zukommen lassen (Hessel in AR-Blattei D Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VI B II; in etwa auch Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit S. 87 f, sowie in ZAkDR 1936 S. 95), geht dieser Einwand fehl. Sie sehen sich aber letztlich denselben Schwierigkeiten wie die Vertragstheorie ausgesetzt, wenn die Eingliederung als Rechtsgeschäft nichtig ist oder als tatsächlicher Vorgang auf einem nicht wirksamen Arbeitsvertrag beruht, wie es stets bei den hier behandelten Fällen fehlender Geschäftsfähigkeit vorliegt. Hier wie dort handelt es sich konsequenterweise um das gleiche lediglich tatsächliche Beschäftigungsverhältnis, und es treten die gleichen rechtlichen Abwicklungsprobleme für den in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrag wie bei der herkömmlichen Vertragslehre auf. Wenn die vorstehend genannten Vertreter der Eingliederungstheorie gleichwohl eine Behandlung des Arbeitsverhältnisses gleich einem wirksam begründeten annehmen, so müssen sie - wie die Verfechter der Vertragstheorie - eine solche Lösung aus dem geltenden Recht begründen.

parteien anerkennt. Nach § 615 BGB hat der Arbeitgeber den Lohn zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug gerät, weil er ihn nicht einstellt ²¹⁸⁾. Dieser Tatbestand setzt so- nach keine Eingliederung voraus; dennoch handelt es sich um einen im Arbeitsverhältnis begründeten Erfüllungsanspruch ²¹⁹⁾. Nach der Eingliederungstheorie in ihrer ursprünglich strengen Scheidung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis stellt sich dieser Anspruch wegen Fehlens eines Arbeitsverhältnisses nicht als Lohnanspruch dar; nach ihr handelt es sich hier vielmehr um eine Schadensersatzforderung, die sich auf die schuldhaftige Verletzung der arbeitsvertraglichen Einstellungspflicht durch den Arbeitgeber gründet ²²⁰⁾. Abgesehen von den gesetzlich nicht gerechtfertigten sozialen Nachteilen einer derartigen Forderung aus der Eingliederungstheorie für den Arbeitnehmer zeigt sich hier ein Widerspruch zwischen ihr und dem geltenden Recht ²²¹⁾. Entsprechendes gilt für die in §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO geregelten Sachverhalte. Nach diesen Vorschriften kann der Arbeitnehmer in bestimmten Fällen auch vor dem tatsächlichen Antritt der Arbeit (d.h. i.S. der Eingliederungstheorie: vor Einordnung in den Betrieb) für die Zeit der

218) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 122.

219) Vgl. Erman-Küchenhoff, Anm. 1 zu § 615; Hueck a.a.O. S. 326 mit weiteren Nachw.

220) Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 67; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebe S. 103; ebenso Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 217.

221) Hueck a.a.O. S. 122 sowie dortige Anm. 21. Nikisch (a.a.O.) selbst meint, daß das geltende Recht insoweit der Auffassung vom Arbeitsverhältnis i.S. der Eingliederungstheorie nicht entspricht.

Verhinderung an der Arbeitsleistung den Lohn fordern. Das Gesetz erkennt also hier ebenfalls arbeitsvertragliche Ansprüche ohne Eingliederung an. Selbst die Vertreter der Eingliederungstheorie, für die der Anspruch folgerichtigerweise erst nach der Einordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb aus dem Arbeitsverhältnis erwachsen könnte, sehen hierin eine Diskrepanz zwischen ihrer Lehre und der gesetzlichen Regel 222).

In diesen Fällen handelt es sich so wenig wie in § 615 BGB um gesetzliche Sonderregelungen, die für die Einordnung der Eingliederungstheorie in das geltende Recht systematisch unerheblich sind, vielmehr erweist sich hieran, daß das Gesetz die Eingliederung als Begründungstatbestand des Arbeitsverhältnisses und dessen maßgebende Funktion für die Rechtsstellung der Parteien nicht kennt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Eingliederung lediglich als tatsächliche Handlung oder als Rechtsgeschäft angesehen wird. Daher ist die Eingliederungstheorie in ihrer ursprünglichen Erscheinungsform, d.h. der strengen Trennung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis sowie der allein rechtsbegründenden Maßgeblichkeit

222) So mit Recht Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 122. Zur Erörterung dieses Falls vgl. Nikisch: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis S. 76; ders.: Das Arbeitsverhältnis im Betriebs S. 100. Nach Siebert (in DAR 1937 S. 45, 307) entsteht in diesem Fall ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis auch ohne Eingliederung, da der Grund für die Nichtaufnahme der Arbeit dem Zustandekommen des Gemeinschaftsverhältnisses nicht hinderlich ist. Das leuchtet insofern nicht ein, als doch andererseits erst die "gemeinschaftsrechtliche Schöpfungshandlung" Eingliederung das Gemeinschaftsverhältnis hervorbringen soll (Siebert a.a.O. S. 44).

des letzteren, abzulehnen 223).

In einer der herkömmlichen Vertragslehre scheinbar näher stehenden Ausgestaltung ist die Eingliederungstheorie von Nikisch modifiziert worden 224). Hiernach wird das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitsvertrag erzeugt und durch die Eingliederung lediglich in seinen Erfüllungszustand versetzt 225). Wenn der Arbeitsvertrag nichtig ist, kann er grundsätzlich auch kein Arbeitsverhältnis hervorbringen 226). Allerdings kann ausnahmsweise durch die bloße Eingliederung ohne gültigen Arbeitsvertrag ein Arbeitsverhältnis entstehen, was sich durch die enge persönliche Bindung der Parteien rechtfertigt; der Kreis dieser Ausnahmen deckt sich im wesentlichen mit den Fällen, in denen nach h.M. die Folgen der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages beschränkt werden 227).

Ein derartiges Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses ohne Arbeitsvertrag mit vertragsbedingten Rechtsfolgen wird durch die zuletzt geschilderte Erscheinungsform der Eingliederungstheorie als solche nicht mehr einleuchtend begründet. Im Ergebnis wird hier - je nach den tatsächlichen Gegebenheiten - als Grundlage des Arbeitsverhältnisses eine Eingliederung mit oder ohne Arbeitsvertrag angenommen. Wenn die letztere

223) Vgl. die in Anm. 215, 216 angeführte Literatur sowie Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 26 f; Crone in RdA 1952 S. 373, 374, und Mayer-Maly in RdA 1962 S. 49 ff. Expressis verbis hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem Theorienstreit keine Stellung genommen; BAGE Bd. 5 S. 59, 67, Bd. 6 S. 232, 235 f (letztere unter Ablehnung der Ansicht Nikischs) lassen aber erkennen, daß sie den Arbeitsvertrag als alleinige Grundlage des Arbeitsverhältnisses ansieht.

224) S. Nikisch Bd. I S. 158 ff, insbesondere 173 ff; wegen dieser Annäherung an die Vertragstheorie sieht Nikisch (a.a.O. Vorwort S. VIII) den Theorienstreit wohl als überlebt an.

225) Nikisch a.a.O. S. 167, 173.

226) Nikisch a.a.O. S. 173.

227) Nikisch a.a.O. S. 174, 215 ff; zur Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen vgl. die Nachw. oben in Anm. 169.

Möglichkeit prinzipiell gegeben ist, kann sie nicht eigentlich als Ausnahme im Rechtssinne, sondern lediglich als nur selten aktuelle Regelung angesehen werden. Man gelangt dann folgerichtig zu dem Rechtsgrundsatz der Begründung eines Vertragsfolgen auslösenden Arbeitsverhältnisses ohne Arbeitsvertrag. Gegen diesen Grundsatz bestehen aber die bereits geltend gemachten Bedenken.

Ist daher die Eingliederungstheorie bereits grundsätzlich abzulehnen, so kommt hier weiter in Betracht, daß auch nach ihr richtigerweise die in §§ 104 ff BGB getroffenen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit nicht ohne Einfluß auf die Entstehung von Rechten und Pflichten der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis sein können. Selbst wenn für die Eingliederung als tatsächlichen Vorgang nicht die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse unmittelbar gelten, so sind doch die für eine eigenverantwortliche willentliche Rechtsgestaltung des nicht voll Geschäftsfähigen maßgebenden gesetzlichen Wertungen zu beachten. Ihre Berücksichtigung führt zu dem Ergebnis, daß der Lösungsversuch im Rahmen der Eingliederungstheorie zwar einen anderen rechtssystematischen Ausgangspunkt aufweist als nach der Vertragstheorie, jedoch eine Wertung des Sachverhaltes nach den gleichen gesetzlichen Kriterien erfordert und letztlich die gleichen Folgen zeitigt²²⁸⁾. Dann stellt sich aber für die hier behandelten Fälle die Eingliederungstheorie nicht als geeigneter Ausweg aus den durch die rechtsgeschäftsbezogenen Normen des BGB geschaffenen Abwicklungsschwierigkeiten unwirksamer Arbeitsverträge dar.

228) Dem entspricht es, daß Nikisch (Bd. I S. 218 f) zwar die Rechte und Pflichten der Beteiligten "allein aus der Einordnung" entstehen läßt, gleichwohl aber nach dem Zweck der Regelungen in §§ 104 ff BGB fragt und erst, nachdem er diesen als gewahrt festgestellt hat, die gesuchte Rechtsfolge ermittelt.

5. Ergebnis

Sonach ist entsprechend der Vertragstheorie bei der Rechtsfolgenfeststellung davon auszugehen, daß das Arbeitsverhältnis das durch den Arbeitsvertrag - und lediglich durch diesen - begründete Rechtsverhältnis der Beteiligten ist ²²⁹⁾. Arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten können aus ihm grundsätzlich nur entstehen, wenn der Arbeitsvertrag als Begründungsakt wirksam ist. Die Möglichkeit einer von den strengen Nichtigkeitsfolgen des BGB abweichenden, als mehr interesselgemäß empfundenen Regelung besteht allein in den durch diesen methodischen Ausgangspunkt gesetzten Grenzen der Rechtsanwendung.

V. Der methodische Ort der Relevanz von Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses für die Rechtsfolgenfeststellung.

Als rechtlich erhebliche Begründung für die bereits angeführten Auffassungen ²³⁰⁾, nach denen man die Abwicklung des nach §§ 104 ff BGB unwirksamen, aber vollzogenen Arbeitsvertrages mehr oder weniger unter Abweichung von dem Wortlaut der bürgerlich-rechtlichen Regeln vornimmt, wird eine Vielzahl von Gesichtspunkten angeführt. So bringt man häufig - um nur ein Beispiel zu nennen - vor, die vollzogene Bildung eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses der Arbeitsvertragsparteien lasse die §§ 104 ff, 125, 134, 138, 142 BGB über die rückwirkende Nichtigkeit "unpassend" erscheinen und erfordere eine andersartige Regelung ²³¹⁾. Ob und inwieweit eine derartige

229) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 114, 116; s. ferner oben Anm. 174.

230) S. oben Anm. 169, 171.

231) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 184; Bobrowski-Gaul S. 88; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 1; BAGE Bd. 5 S. 58, 65; Bd. 8 S. 1, 6; BGHZ Bd. 10 S. 187, 190 f.

Eigenart des Arbeitsverhältnisses nicht passende gesetzliche Folgen auszuschließen oder abzuändern fähig ist, läßt sich aber nicht schon aus dem bloßen Vorhandensein dieser Besonderheit feststellen. In den einschlägigen Rechtsnormen könnte nämlich eine solche Eigenart durchaus berücksichtigt und aus anderen, für gewichtiger erachteten Gründen gleichwohl die nunmehr als unbillig empfundene Folge angeordnet sein. Auch das schon eher rechtlich wertende methodische Vorgehen, das in einer Abwägung zwischen dem in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gekommenen Prinzip und der Besonderheit des Arbeitsverhältnisses besteht, reicht streng genommen nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine Berücksichtigung und Wertung der in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte im Rahmen einer der herkömmlichen Rechtsmethodik entsprechenden Untersuchung ²³²⁾. So ist also etwa im Hinblick auf den angeblichen personenrechtlichen Gehalt des Arbeitsverhältnisses zu fragen, inwieweit er nach den Grundsätzen der Rechtsanwendung die sonst bei Vertragsmängeln eintretenden Rechtsfolgen beeinflussen kann.

Die für das Arbeitsverhältnis geltenden besonderen Grundsätze, aus denen man eine Sonderregelung für die Abwicklung des unwirksamen Arbeitsvertrages herleitet (Gesichtspunkte des Dauerrechtsverhältnisses, des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers), sowie das bei den hier behandelten Sachverhalten zu beachtende Schutzprinzip zugunsten des Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen können vorliegend

232) Daß es sich hierbei nicht um eine bloß formalistische Differenzierung handelt, bei der methodologische Fragen im Vordergrund stehen, dürfte sich wohl aus der Bedeutung der methodisch richtigen Einordnung von Prinzipien und Wertungsgesetzen für deren Gewicht im Verhältnis zum positiven Recht ergeben.
Zur Notwendigkeit methodisch gefaßter Rechtserkenntnis vgl. Obermayer in NJW 1966 S. 1885 ff, vor allem S. 1886 oben.

in zweifacher Hinsicht beachtlich sein, einmal im Hinblick auf eine Gesetzeskorrektur durch höherrangige oder gleichwertige Rechtsnormen, zum anderen unter dem Aspekt der Feststellung von Gesetzeslücken sowie ihrer Ausfüllung.

VI. Korrektur der §§ 104 ff BGB durch höherrangige oder gleichwertige Rechtsnormen.

Die sich aus den rechtsgeschäftsbezogenen Normen des BGB für das fehlerhaft begründete Arbeitsverhältnis ergebenden Nichtigkeitsfolgen wären unter dem Gesichtspunkt einer Normkonkurrenz zu korrigieren, wenn eine höherrangige oder gleichwertige spezielle Rechtsbestimmung eine abweichende Regelung treffen würde ²³³⁾. Als höherrangige Normen kommen Verfassungsbestimmungen, als spezielle Vorschriften kommen arbeitsrechtliche Regeln in Betracht.

Nach der Sozialstaatsklausel in Art. 20 Abs. 1 GG ist bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung für die Sicherung eines menschenwürdigen Daseins (Art. 1 Abs. 1 GG) auch der Schwachen und Hilfsbedürftigen zu sorgen ²³⁴⁾. In ihr kommt der dem Wesen des Sozialstaates immanente Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit zum Ausdruck ²³⁵⁾. Dieser inhaltlich nicht näher bestimmte Grundsatz stellt primär einen Auftrag an den Gesetzgeber dar, die soziale Gerechtigkeit im positiven Recht zu verwirklichen ²³⁶⁾. Er ist ferner eine Auslegungsregel

233) Vgl. Engisch: Einführung in das juristische Denken S. 157 (Widerspruch zur Verfassung), 158 f (Spezialitätsverhältnis); Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 174 (Gesetzeskonkurrenz); Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 60 I 3 (Spezialitätsverhältnis).

234) Nikisch Bd. I S. 35 f mit weiteren Nachw.; Benda: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat S. 101; BVerfGE Bd. 1 S. 97, 105; BAGB Bd. 1 S. 51, 56 f, 128, 134, 185, 197.

235) Nikisch a.a.O. S. 36; Müller in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 726 f; Leisner: Grundrechte und Privatrecht S. 163 f.

236) Nikisch a.a.O. S. 36 f; Benda a.a.O. S. 63; BVerfG a.a.O.; Fechner in RdA 1955 S. 161.

für die Anwendung geltenden Rechts²³⁷⁾. Zum Wirkungsanspruch der Sozialstaatsklausel gehört es aber nicht, als solche Ansprüche zu schaffen, die nach geltendem positiven Recht nicht gegeben sind; denn mangels hinreichender inhaltlicher Bestimmung des Sozialstaatsgedankens in der Verfassung ist im demokratischen Staat die Entscheidung darüber, was sozial sein soll, grundsätzlich dem Parlament anheimgegeben²³⁸⁾. Das in Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck gekommene Sozialstaatsprinzip führt sonach nicht unmittelbar zur Änderung gesetzlich angeordneter Rechtsfolgen, es ist vielmehr innerhalb der Auslegung und Anwendung der im Einzelfall aktuellen positiven Norm zu berücksichtigen.

Entsprechend verhält es sich mit dem "sozialrechtlichen Schutzprinzip" als dem Grundgedanken des Arbeitsrechts²³⁹⁾. Dieses Prinzip, begründet aus dem Charakter des Arbeitsrechts als vorwiegend eines Arbeitnehmerschutzrechts, soll ihm wegen seiner übertragenden Bedeutung als "echte objektive Rechtsnorm" immanent sein²⁴⁰⁾. Bei einem derartigen Ausgangspunkt

237) Nikisch a.a.O. S. 38; Fechner a.a.O.; Benda a.a.O. S. 65; BVerfG a.a.O.; BAGE Bd. 1 S. 51, 56 f, 185, 193; Hueck in Festschrift für Apelt S. 71; Müller a.a.O. S. 727 f.

238) S. Abendroth in VVDStRL Heft 12 S. 85, 91 f; zum Ergebnis vgl. ferner Hueck in Festschrift für Apelt S. 64; BVerfGE Bd. 1 S. 97, 105; Müller in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 728 sowie S. 724, mit zutreffender Interpretation der einschlägigen Entscheidungen des BAG; nunmehr in diesem Sinne auch BAGE Bd. 14 S. 282, 290; Nikisch Bd. I S. 38; vermittelnd Benda a.a.O. S. 67 f; im Sinne einer entgegengesetzten Ansicht Fechner in RdA 1955 S. 161, 166; Reuß: Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips S. 29.

239) Vgl. hierzu Dersch in RdA 1949 S. 325 ff; ders. in Festschrift für Herschel S. 71 ff, sowie Kaskel-Dersch S. 1, 19; Bulla in Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 1 ff; Farthmann: Anfechtung und Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen S. 62 ff; ders. in RdA 1958 S. 340 ff; 1960 S. 5 ff.

240) Dersch in RdA a.a.O. S. 326; Kaskel-Dersch a.a.O. Bulla a.a.O. S. 3; Farthmann in RdA 1960 S. 8.

müßte man konsequenterweise alle nicht ausdrücklich arbeitsrechtlichen Vorschriften, die eine dem sozialrechtlichen Schutzprinzip nicht entsprechende Regelung treffen, wegen ihres Widerspruchs gegen dieses "arbeitsrechtliche Spezialrechtsprinzip" als ausgeschlossen ansehen und aus ihm die sozial erwünschte Rechtsfolge herleiten. Das ist jedoch nicht zu billigen. Schon aus praktischen Gesichtspunkten erscheint es nicht angebracht, aus einem sehr weiter Interpretation zugänglichen Begriff wie aus einer konkreten Tatbestandsnorm einzelne Rechtsfolgen herzuleiten²⁴¹⁾. Schwerer wiegt aber das grundsätzliche Bedenken dagegen, einen, wenn auch grundlegenden, Gedanken der arbeitsrechtlichen Kodifikation so weit zu verabsolutieren, daß er wegen der ihm zugelegten Normqualität Gesetzesnormen unberücksichtigt ihrer Wertungsgrundlagen außer Kraft setzt²⁴²⁾. Wird daher eine normative Allgemeingültigkeit des sozialrechtlichen Schutzprinzips mit den vorerwähnten weitgehenden Folgen abzulehnen sein, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß es als gesetzliches Prinzip bei der Anwendung positiver Rechtsnormen heranzuziehen ist; in dieser Funktion ist es später noch zu behandeln.

VII. Lösungsversuche im Wege der Lückenausfüllung.

Das Fehlen einer oder mehrerer Normen, welche die teils fast allgemein, teils von einer beachtlichen Mindermeinung für interessegemäß und billigenswert gehaltenen Ergebnisse anordnen, gibt zu der Frage Anlaß, ob

241) Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall der Anspruchsbe-gründung unmittelbar aus der Sozialstaatsklausel die in vorstehender Anm. 238 Genannten (mit Ausnahme offenbar von Reuß a.a.O.); ferner Müller in DB 1956 S. 55; Tomandl: Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht S. 33.

242) Es hat auch nicht den Anschein, daß die in Anm. 239 Aufgeführten eine derart weitgehende, allerdings konsequente Folgerung aus ihrer Bewertung des sozialrechtlichen Schutzprinzips ziehen. Eher behandeln sie es als vorrangigen Auslegungsgrundsatz; vgl. Bulla a.a.O. S. 3 B II.

nicht die gesetzliche Regelung, wie sie in den §§ 104 ff BGB ausgesprochen wird und die dem Wortlaut nach die hier behandelten Fälle erfaßt, lückenhaft ist und im Wege der Lückenausfüllung ergänzt werden muß.

Eine der Ausfüllung bedürftige Lücke des Gesetzes ist nach einer Ansicht dort vorhanden, wo es gemessen an seiner eigenen Absicht und der ihm immanenten Teleologie unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist ²⁴³⁾. Nach einer anderen Ansicht ist das Gesetz lückenhaft, wenn eine Norm Fälle erfaßt oder Folgen herbeiführt, die der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht so geordnet hätte, falls sie von ihm erkannt oder bedacht worden wären ²⁴⁴⁾. Eine Entscheidung im Streit über die Auslegungs- und damit gleichfalls Lückenfeststellungstheorien kann im vorliegenden Zusammenhang vermieden werden, sofern sie für die behandelten Fälle nicht zu voneinander abweichenden Ergebnissen führen ²⁴⁵⁾.

Eine Lücke kann auch darin bestehen, daß einer allgemein gehaltenen Norm für bestimmte Fälle nicht eine Einschränkung hinzugefügt worden ist, die durch den Sinn oder Zweck entweder dieser bzw. einer anderen

243) So die sog. "objektive Auslegungstheorie"; vgl. Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 39; vgl. ferner Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 286 (im Theorienstreit zwar vermittelnd, doch von der objektiven Lehre ausgehend, so a.a.O. S. 239 f); in etwa auch trotz seines anderen Ausgangspunktes Engisch: Einführung in das juristische Denken S. 138; s. ferner BAGE Bd. 13 S. 1, 13; BGHZ Bd. 4 S. 153, 157.

244) So die "subjektive Auslegungstheorie"; s. Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 58 I 4; Heck: Grundriß des Schuldrechts S. 472 f; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 210 i.V.m. S. 100 ff; vgl. ferner BAGE Bd. 15 S. 335, 339.

245) Zum Theorienstreit, seinen Ergebnissen und der Notwendigkeit eines Ausgleichs vgl. Larenz a.a.O. S. 237 ff; Engisch: Einführung in das juristische Denken S. 88; Bender in JZ 1957 S. 594, 596 f, - jeweils mit weiteren Nachw.

Regelung und damit durch den teleologischen Zusammenhang oder nach anderen Wertungen des Gesetzgebers gefordert wird ²⁴⁶⁾. Nur eine Lücke dieser Art kann hier vorliegen; denn es wird ja eine die Folgen der positiven Regelnormen (§§ 104 ff BGB) ausnahmeweise einschränkende gesetzliche Anordnung vermißt.

Im Hinblick darauf sind nunmehr die Sachverhalte des mangels Geschäftsfähigkeit einer Partei nicht wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses und ihre Regelung durch die §§ 104 ff BGB zu überprüfen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen sollen dabei die Rechtsfolgen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers gesondert behandelt werden; ferner ist jeweils zwischen der Rechts- und der Pflichtenposition des nicht voll Geschäftsfähigen zu unterscheiden.

VIII. Die Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bei unwirksamem Arbeitsvertrag.

1. Die Unwirksamkeitsfolgen und der Schutzgedanke zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen.

Am nächsten liegt es, die Sachverhalts- und Ordnungsvorstellungen, welche den §§ 104 ff BGB nach dem historisch-psychologischen Willen des Gesetzgebers oder nach seinem in den genannten Vorschriften objektivierten Willen zugrunde liegen, festzustellen und jeweils an ihnen die bei wortgetreuer Anwendung des Gesetzes gewonnenen Ergebnisse zu messen.

1.1 Die Absicht des Gesetzgebers ergibt sich aus den Materialien zum BGB. Sie ging dahin, den nicht voll Geschäftsfähigen so weit als möglich vor den Nachteilen aus eigenverantwortlichem rechtsgeschäftlichen Handeln zu schützen ²⁴⁷⁾. Dieses ist auch der den §§ 104 ff BGB

246) So Iarenz a.a.O. S. 283 f, 296; Canaris a.a.O. S. 82 ff; Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 59.

247) So Motive Bd. I S. 131, 139.

zu entnehmende Zweck; Nichtigkeit der Willenserklärung oder Unwirksamkeit des in eigener Verantwortung vorgenommenen Rechtsgeschäfts sind die Mittel zu seiner Verwirklichung²⁴⁸⁾.

Hinsichtlich des Geschäftsunfähigen wird zwar geltend gemacht, nicht der Schutzgedanke stünde im Vordergrund, sondern das Fehlen jeglicher rechtsgeschäftlich relevanter Willensfähigkeit²⁴⁹⁾. Daran ist richtig, daß die Geschäftsfähigkeit das rechtssystematische Korrelat zur Privatautonomie als der Befugnis zur willentlichen Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse darstellt und sonach eine rechtliche Willensfähigkeit voraussetzt²⁵⁰⁾. Deshalb ist ersichtlich die Willensunfähigkeit als solche ein Grund für die Unmaßgeblichkeit von Willenserklärungen der nicht in dem geforderten Maße willensfähigen und damit geschäftsunfähigen Personen²⁵¹⁾. Das zeigt besonders deutlich die Nichtigkeit von rechtlich lediglich vorteilhaften Willenserklärungen Geschäftsunfähiger, etwa bei der Annahme von Schenkungen²⁵²⁾. Dennoch ist damit der Schutzgedanke auch zugunsten des Geschäftsunfähigen als Zweck der Regelungen in §§ 104 f BGB nicht ausgeschlossen. Er wird nur nicht evident, weil ihn die Nichtigkeit der Willenserklärung bereits wegen mangelnder Willensfähigkeit des Geschäftsunfähigen verwirklicht. Für diese Annahme spricht auch die für den beschränkt Geschäftsfähigen getroffene Regelung.

248) Soergel-Hefermehl, Anm. 30 vor § 104.

249) S. Schwimann: Die Institution der Geschäftsfähigkeit S. 40 f; vgl. auch RG in Seufferts Archiv Bd. 71 Nr. 52 S. 89, 90.

250) Schwimann a.a.O. S. 30, 38; Erman-Westermann, Anm. 1, 4 vor § 104; Soergel-Hefermehl, Anm. 21 vor § 104.

251) S. Motive Bd. I S. 130.

252) So ausdrücklich Motive a.a.O.; s. ferner den Kommissionsbericht bei Mugdan Bd. I S. 963, wo allerdings der Schutzgedanke erwogen, die Willensfähigkeit hingegen nicht mehr erwähnt wird.

Seine Schutzbedürftigkeit wird besonders hervorgehoben ²⁵³⁾. Ein Schutzbedürfnis ist aber erst recht gegeben, wenn ein Personenkreis im Rechtsverkehr durch rechtsgeschäftliches Verhalten noch stärker gefährdet ist ²⁵⁴⁾.

Gegen die Herausstellung allein des Schutzgedankens zugunsten des nach § 106 BGB beschränkt Geschäftsfähigen, des Minderjährigen, wird außerdem geltend gemacht, das Gesetz diene in § 108 BGB mittelbar auch der Erziehung und Beaufsichtigung des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter; es solle den Abschluß von Geschäften verhindern, die der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen als für dessen Erziehung schädlich ansieht ²⁵⁵⁾. Geht man hiervon aus, so müßte eine Lösung lediglich aus dem Schutzprinzip unzulässig sein, weil auf diesem Wege in das Erziehungsrecht des gesetzlichen Vertreters eingegriffen würde ²⁵⁶⁾.

Es ist zumindest zweifelhaft, ob in §§ 106 ff BGB neben dem Schutz des Minderjährigen vor wirtschaftlichen Nachteilen der Erziehungsgedanke von Bedeutung sein soll. Die Materialien zum BGB, auf die man sich beruft ²⁵⁷⁾, messen dem Erziehungszweck keine Erheb-

253) Vgl. Motive Bd. I S. 131, 139.

254) Daß das trotz Nichtigkeit der Willenserklärung des Geschäftsunfähigen möglich ist, zeigen die hier behandelten Fälle; vgl. insbesondere S. 84 f.
Zur Hervorhebung des spezifisch sozialen Schutzzwecks der §§ 104 ff BGB s. auch Schwimann: Die Institution der Geschäftsfähigkeit S. 128.

255) So Pawlowski: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen S. 57 f; ders. in JuS 1967 S. 302, 304.

256) Pawlowski in JuS a.a.O. S. 305 (zur Frage der Bindung des Minderjährigen an seine Willenserklärung), S. 306 (zur Inanspruchnahme fremder Leistungen); ähnlich LG Göttingen in NJW 1962 S. 639, 640.

257) Pawlowski: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen S. 57.

lichkeit bei ²⁵⁸⁾. Daß dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit eröffnet ist, Dienstverhältnisse des Minderjährigen, die dessen Gesundheit, Ruf oder Sittlichkeit gefährden, zu kündigen ²⁵⁹⁾, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es besagt lediglich, daß derartige nicht vermögensbezogene Gesichtspunkte Kündigungsgründe sein können, die der gesetzliche Vertreter zu beachten haben wird. Sie können aber ebenso gut bei Dienstverhältnissen voll Geschäftsfähiger von Bedeutung sein und Anlaß zur Kündigung bieten. Ferner spricht nicht gegen die Bedeutung allein des wirtschaftlichen Schutzes des Minderjährigen, daß das Gesetz nicht ein diesem Schutz vermeintlich genügendes Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters für wirtschaftlich nachteilige Geschäfte hat ausreichen lassen, sondern bei Fehlen der erforderlichen Einwilligung die Unwirksamkeit anordnet ²⁶⁰⁾. Es steht im Ermessen des Gesetzgebers, wie er den wirtschaftlichen Schutzgedanken verwirklicht. Außerdem könnte dieser durch ein bloßes Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters leichter gefährdet sein, weil dann schon dessen bloße Nachlässigkeit alle wirtschaftlich nachteiligen Geschäfte wirksam sein ließe, während er bei der geltenden gesetzlichen Regelung zur positiven Stellungnahme und Entscheidung gezwungen wird, wenn das Geschäft Bestand haben soll.

Schließlich spricht die Ausgestaltung des Gesetzes entscheidend gegen die Maßgeblichkeit des Erziehungsgedankens. Die ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wirksame Annahme einer Schenkung sowie die Vornahme

258) Vgl. Motive Bd. I S. 131 ff, die allein auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit bzw. Nachteiligkeit der Geschäfte abstellen; ebenso die Protokolle bei Mugdan Bd. I S. 637 ff.

259) Pawlowski a.a.O. S. 57 unter Hinweis auf die Protokolle (bei Mugdan Bd. I S. 683); vgl. ferner den Kommissionsbericht bei Mugdan a.a.O. S. 964 f.

260) So allerdings Pawlowski a.a.O. S. 57 f; ders. in JuS 1967 S. 304 Anm. 18.

indifferenter Geschäfte ²⁶¹⁾ können die Erziehung und Beaufsichtigung durch den gesetzlichen Vertreter empfindlich stören. Man denke etwa an den Fall, daß Dritte dem Minderjährigen Bücher schenken, deren Lektüre ihm der gesetzliche Vertreter verboten hat oder daß der Minderjährige auch gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters im Namen eines ihn bevollmächtigenden Dritten kostspielige Verträge wirksam schließen kann. Daß das Erziehungsrecht des gesetzlichen Vertreters auf die Gültigkeit derartiger Rechtsgeschäfte ohne Einfluß bleibt, gestattet den Schluß auf die rechtliche Erheblichkeit nur des wirtschaftlichen Schutzes des Minderjährigen. Daher ist bei den Lösungsversuchen zur Abwicklung des nicht wirksamen Arbeitsvertrages allein von diesem Schutzzweck auszugehen.

- 1.2 Betrachtet man nunmehr zunächst die Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers aus dem in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrag, so erweist sich das Mittel zum Schutz insoweit wenigstens teilweise als Instrument der Schutzvereitelung. Die gesetzliche Regelung wird zwar hinsichtlich der in der Zukunft eintretenden Lage durch die Freistellung des Schutzbedürftigen von vertraglichen Pflichten ihrem Zweck gerecht. Für das vergangene Vollzugsstadium aber bedeuten die Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsanordnungen eine erhebliche Verschlechterung der Rechtsposition des Geschützten ²⁶²⁾. Das legt die Annahme nahe, das Gesetz widerspreche insoweit dem ihm immanenten Zweck bzw. der Gesetzgeber habe diese Fallkonstellation nicht bedacht. Auf ein Übersehen dieses Sachverhalts durch den Gesetzgeber scheint auch hinzuweisen, daß die Gesetzesmaterialien nachdrücklich den Schutz des Handlungsunfähigen postu-

261) Zur Genehmigungsfreiheit indifferenter Geschäfte Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 107; Soergel-Hefermehl, Anm. 5 zu § 107; Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 107.

262) Vgl. oben S. 23 ff, 44.

lieren, eine Ausnahmesituation wie die vorliegende jedoch nicht erwähnen und hierzu Stellung beziehen ²⁶³⁾.

Dennoch könnte das Fehlen einer die Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen zugunsten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers einschränkenden Regelung vom Willen des Gesetzgebers bzw. vom Zweck des Gesetzes aus Gründen der klaren Regelung umfaßt sein ²⁶⁴⁾. Das Gesetz differenziert in §§ 104 ff BGB nicht nach bestimmten Sachverhaltsgruppen, sondern trifft eine abstrakte Entscheidung ²⁶⁵⁾. Das Handeln des Geschäftsunfähigen ist stets vertragsrechtlich irrelevant, selbst wenn es ihm ausschließlich Vorteile bringt (§ 105 BGB); das rechtsgeschäftliche Verhalten des beschränkt Geschäftsfähigen kann nur dann die gewollten Folgen hervorrufen, falls es ihn gegenüber dem Geschäftsgegner zu nichts verpflichtet, mag es im übrigen wirtschaftlich auch noch so vorteilhaft sein ²⁶⁶⁾. Diese gesetzliche Regelung könnte noch in einer weiteren Erwägung begründet sein: Das durch Nichtigkeit oder Unwirksamkeit bewirkte Freibleiben von vertraglichen Verpflichtungen wird zum Schutze des nicht voll Geschäftsfähigen für so wichtig erachtet, daß dieses Ziel auch auf Kosten des Verlustes einer sonst günstigen Rechtsstellung des Geschützten verwirklicht werden soll. Die beiden gerade angeführten Gesichtspunkte schließen jedoch das Vorhandensein einer Lücke für den Fall des bereits in Vollzug gesetzten, nach §§ 105, 107 ff BGB nichtigen oder unwirk-

263) Vgl. Motive Bd. I S. 131 - 148. Das Paradoxon, daß ein Gesetzgeber in der Zeit der Kinderarbeit den hier anstehenden Sachverhalt nicht bedacht haben sollte, ließe sich mit seiner idealistischen Vorstellung über das Funktionieren der gesetzlichen Vertretung im Familienverband erklären.

264) Vgl. Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 297.

265) Dölle in Festschrift für Nipperdey Bd. I S. 23, 27 f.

266) Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 107 mit Nachw. aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes; Soergel-Hefermehl, Anm. 1 zu § 107.

samen Arbeitsvertrages nicht aus. Die abstrakte Schutzregelung mag zwar durch die generelle Anordnung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit im Einzelfall nachteilige Folgen haben, indem sie ein rechtlich nur begünstigendes (§ 105 BGB) oder im Ergebnis vorteilhaftes (§ 107 BGB) Geschäft verhindert. Sie wird dem Schutzzweck dann doch noch insofern gerecht, als sie wenigstens keine Verschlechterung des bei Vertragsschluß bestehenden Zustandes bewirkt. Daher kann man Fälle dieser Art als noch von dem mit der Nichtigkeitsanordnung verfolgten Zweck gedeckt ansehen. Anders verhält es sich dagegen, wenn der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hat. Hier ist, da ihm die außervertraglichen Abwicklungsregeln nur eine unzulängliche Rechtsposition einräumen, der vor dem unwirksamen Vertragsschluß bestehende Zustand nachteilig verändert worden; denn der Arbeitnehmer hat seine Arbeitskraft "verbraucht", sich möglicherweise Gefahren ausgesetzt und ähnliches mehr, ohne die Vergünstigungen zu erhalten, die ihm der wirksame Arbeitsvertrag als Abgeltung in Form von Lohn und Fürsorge gewähren würde. Insoweit scheint hier in der Tat eine Verkehrung der Schutzintention der §§ 104 ff BGB vorzuliegen.

Dieser Schutzzweck bliebe trotz der erwähnten Nachteile letztlich nur dann gewahrt, wenn eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen hinsichtlich der vertraglichen Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers notwendigerweise auch zu uneingeschränkten vertraglichen Pflichten führen müßte. In diesem Fall nämlich könnte nur durch die Unwirksamkeit des Vertrages im ganzen verhindert werden, daß der Arbeitnehmer für etwaige Vertragsverletzungen Schadensersatz zu leisten hätte, der möglicherweise seine Lohnansprüche noch übersteigen würde. Der Verlust der Ansprüche des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag braucht jedoch nicht der Preis für seine

Freiheit von vertraglichen Pflichten zu sein ²⁶⁷⁾. Zwar handelt es sich - auch soweit die Verpflichtung zur vertragsgerechten Erfüllung in Betracht kommt - um gegenseitige Pflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses, so daß es prinzipiell gerechtfertigt ist, mit der Verpflichtung zugleich die Berechtigung entfallen zu lassen. Das gilt regelmäßig auch für die Rechte des nicht voll Geschäftsfähigen ²⁶⁸⁾. Dieser Regeltatbestand ist aber darauf aufgebaut, daß der unwirksame Vertrag noch nicht in Vollzug gesetzt ist oder nach Vollzug der frühere Zustand wiederhergestellt werden kann ²⁶⁹⁾. Die Regelung geht - dem Schutzgedanken entsprechend - davon aus, daß durch die Verweigerung der Genehmigung und die mit ihr bewirkte endgültige Unwirksamkeit des Vertrages keine Verschlechterung der Position des nicht voll Geschäftsfähigen eintritt. Gerade dazu kann es wegen der Unzulänglichkeit der außervertraglichen Abwicklungsnormen in den hier behandelten Fällen aber kommen. Diese Sachverhalte werden daher bei Berücksichtigung des Schutzgedankens von der grundsätzlichen Regelung des völligen Wegfalls auch der Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers nicht erfaßt.

Umgekehrt hat das Gesetz aber den Schutz der nicht voll geschäftsfähigen Person als so vorrangig erachtet, daß die Interessen ihres Geschäftspartners demgegenüber in dem zur Verwirklichung des Schutzgedankens erforder-

267) Auf die Begründung und den Umfang dieser Pflichten braucht hier, wo es allein um die Frage geht, ob sie notwendigerweise zur Verneinung vertraglicher Rechte des Arbeitnehmers führen müssen, noch nicht näher eingegangen werden.

268) So ausdrücklich Motive Bd. I S. 134.

269) Vgl. Motive a.a.O., wonach das Interesse des Minderjährigen zur Genüge gewahrt ist, wenn die Möglichkeit eröffnet wird, den Vertrag im ganzen aufrecht zu erhalten oder als nicht geschlossen zu behandeln, je nachdem, ob er sich bei Abwägung der Rechte und Verpflichtungen des Minderjährigen als vorteilhaft oder nachteilig erweist.

lichen Umfang grundsätzlich zurücktreten müssen. Das gilt selbst dann, wenn dadurch der nicht voll Geschäftsfähige im Ergebnis besser und sein Geschäftsgegner schlechter gestellt wird, als wenn der Vertrag bei Mitwirken des gesetzlichen Vertreters wirksam zustande gekommen wäre ²⁷⁰⁾. Daher ist es auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig, dem geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer arbeitsvertragliche Rechte sogar für den Fall zu gewähren, daß ihm entsprechende Pflichten nicht oder nicht unbeschränkt obliegen ²⁷¹⁾. Erfordert aber die Zubilligung von Rechten nicht notwendig die Belastung mit Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, so ist zum Schutze der hier behandelten Arbeitnehmer nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages im ganzen erforderlich und eine Restriktion der Nichtigkeitsfolgen aus den §§ 105 ff BGB beschränkt auf die Arbeitnehmerrechte möglich.

Sonach erweist sich die gesetzliche Regelung von Sachverhalten der vorliegenden Art hinsichtlich der Rechte des Arbeitnehmers nach dem ihr immanenten Zweck sowie aus der Sicht des Gesetzgebers als lückenhaft. Diese Lücke ist unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten bzw. im Gesetz enthaltenen Absicht auszufüllen ²⁷²⁾. Der hier bereits für die Feststellung der

270) So belastet beispielsweise die Abwicklung eines unwirksamen Vertrages nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung allein den Geschäftspartner des nicht voll Geschäftsfähigen; vgl. LG Bielefeld in NJW 1963 S. 908; LG Münster in NJW 1964 S. 51; OLG Hamm in NJW 1966 S. 2357, 2358; Staudacher in NJW 1961 S. 1907 (sämtlich zur Vermietung von Kraftfahrzeugen an Minderjährige); so ferner RGZ Bd. 120 S. 171 ff; Bd. 145 S. 155, 159. Zur Anspruchsposition des nicht Geschäftsfähigen aus culpa in contrahendo trotz Freibleibens von entsprechenden Pflichten s. Canaris in NJW 1964 S. 1987, 1988 f.

271) So im Ergebnis Riezler: Venire contra factum proprium S. 137 f; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I, II.

272) Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 298; Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 59; Bender in JZ 1957 S. 600; BGHZ Bd. 4 S. 153, 154, 156 ff.

Lückenhaftigkeit ermittelte Zweck - der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen vor wirtschaftlichen Nachteilen - erfordert eine Restriktion (Reduktion) der in §§ 105 ff BGB angeordneten Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen, soweit es sich um die Rechte des Arbeitnehmers für den Zeitraum des Vollzuges des Arbeitsvertrages handelt ²⁷³⁾. Der Vertrag ist sonach für die vorgenannte Zeit zugunsten des Arbeitnehmers als wirksam zu behandeln ²⁷⁴⁾.

2. Die Unwirksamkeitsfolgen und Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses.

Die vorstehend aus dem in den gesetzlichen Bestimmungen enthaltenen Schutzprinzip zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen abgeleitete Folge betrifft allerdings nur die Gruppe von Arbeitsverträgen, die wegen Fehlens der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers unwirksam oder nichtig sind. Abwicklungsprobleme ähnlicher Art, veranlaßt durch die als unzulänglich empfundenen Regeln über außervertragliche Schuldverhältnisse, treten ansonsten in allen Fällen des Vollzuges nicht wirksamer Arbeitsverträge auf. Das gilt zunächst für die hier noch zu behandelnden Sachverhalte, in denen der Arbeitsvertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers nicht wirksam ist und der Schutz des nicht Geschäftsfähigen grundsätzlich die unbeschränkte Anwendung der §§ 104 ff BGB fordert. Entsprechende Schwierigkeiten gibt es ferner bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 142 i.V.m. §§ 119 ff, §§ 125, 134, 138 BGB. Daher ist auch im Rahmen der Vertragstheorie bereits vielfach versucht worden, eine von den strengen Nichtigkeitsfolgen des BGB abweichende Regelung unter einem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, der für jedes

273) So unter ausdrücklichem Hinweis auf den beabsichtigten Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 88 f (hier allerdings unter Bejahung auch der Pflichten); Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 206.

274) Zu den einzelnen Folgerungen hieraus vgl. unten S. 130 ff.

Arbeitsverhältnis oder für eine dieses mitumfassende Gruppe von Rechtsverhältnissen Geltung beanspruchen kann ²⁷⁵⁾. Eine hierauf gegründete Lösung hätte den Vorteil, einer einheitlichen systematischen Ordnung des Arbeitsvertragsrechts oder sogar weiterer Vertragskategorien zu entsprechen. Sie wäre deshalb einer rechtlichen Lösung der anstehenden Fälle lediglich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des nicht geschäftsfähigen Arbeitnehmers vorzuziehen.

Somit ist im folgenden zu prüfen, ob die herangezogenen Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses oder der Gruppe von Rechtsverhältnissen, zu denen man es zählt, es erfordern und rechtfertigen, daß die Fehlerhaftigkeit seiner Begründung nicht die den bürgerlichrechtlichen Normen zu entnehmenden Rechtsfolgen herbeiführt. Auch diese Prüfung hat unter dem Aspekt zu erfolgen, ob durch etwaige spezifische Kriterien des Arbeitsverhältnisses Gesetzeslücken gegeben sind.

Die Frage nach dem Vorliegen einer Lücke läßt sich in diesem Zusammenhang aber nicht bereits aus dem Zweck der anzuwendenden Norm und ihrer Geeignetheit zu seiner Verwirklichung in einer bestimmten Fallgruppe beantworten. Maßgebend ist hier vielmehr nach der subjektiven Auslegungstheorie, ob der Gesetzgeber diese bestimmte Regelungsgruppe nicht gesehen oder bedacht hat und wie er sie - nach seinen sonstigen Wertungen zu urteilen - vernünftigerweise behandelt hätte ²⁷⁶⁾.

275) Zu den Lösungsversuchen vgl. die Darstellung von Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 81 ff, mit eigener rechtsdogmatischer Begründung; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 123 f, 184; Farthmann in JuS 1965 S. 142 ff; Ramm in AuR 1963 S. 97, 99 ff.

Auch zur Begründung der Eingliederungstheorie und ihrer Ergebnisse werden die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses herangezogen; vgl. Nikisch Bd. I S. 165 ff.

276) Enneccerus-Nipperdey Bd. I §§ 58 I 4, 59; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 216; Heck: Grundriß des Schuldrechts S. 472; vgl. ferner BAGE Bd. 15 S. 335, 339.

Nach der objektiven Auslegungstheorie ist entscheidend, ob die anzuwendende und ihrem Wortlaut sowie Sinn nach zutreffende Norm einer anderen im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Regel widerspricht; ist letztere vorrangig, so kann sie den Anwendungsbereich der im Regelfall zutreffenden Vorschrift einschränken²⁷⁷⁾.

Im Hinblick darauf könnte der Charakter des Arbeitsverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses, das auf eine Dauerbeziehung der Beteiligten angelegt ist, das eine personenrechtliche Gemeinschaft zwischen ihnen begründet und das von der sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers geprägt wird, von Bedeutung sein. Die dahingehende Prüfung wird im folgenden sowohl nach der subjektiven wie der objektiven Theorie vorgenommen.

2.1 Das Arbeitsverhältnis als Dauerrechtsverhältnis.

Unter Dauerrechtsverhältnissen sind solche Rechtsbeziehungen zu verstehen, die sich nicht in dem einmaligen Erbringen einer Leistung erschöpfen, bei denen vielmehr entweder eine vertragliche Leistung während des Ablaufs eines Zeitraumes erfolgt oder ein auf Dauer gerichteter Zustand begründet und aufrechterhalten wird. Fälle der erstgenannten Art sind die Dauerschuldverhältnisse²⁷⁸⁾, zur zweiten Kategorie zählen dauernde außerschuldrechtliche Rechtsverhältnisse, insbesondere des Familien- und Gesellschaftsrechts²⁷⁹⁾. Zu den Dauer-

277) Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 298 f; Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 95 f; vgl. ferner Engisch: Einführung in das juristische Denken S. 162 ff.

278) Vgl. hierzu O. v. Gierke in Jh.Jb. Bd. 64 S. 358 f; Enneccerus-Lehmann § 5 V; Larenz: Schuldrecht Bd. I S. 22 f; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 10 zu § 241; Gschnitzer in Jh.Jb. Bd. 76 S. 322 f.

279) Gschnitzer a.a.O. S. 325; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 225 ff. Der Begriff des Dauerrechtsverhältnisses wird ferner von Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, verwandt, der ihnen - wie Gschnitzer a.a.O. - neben Dauerschuldverhältnissen familien- und sachenrechtliche Dauerbeziehungen zurechnet (S. 4, 79).

rechtsverhältnissen gehört auch das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis ²⁸⁰⁾.

Mit dieser Feststellung als solcher ist allerdings noch nichts gewonnen. Dem BGB wie den übrigen Gesetzen sind die Sammelbegriffe des Dauerrechtsverhältnisses und des Dauerschuldverhältnisses fremd; die hierunter begrifflich zusammengefaßten Rechtsbeziehungen haben vielmehr jeweils ihre gesonderte gesetzliche Regelung erfahren ²⁸¹⁾.

Darüber hinaus hat man aber für die Dauerrechtsverhältnisse allgemeine Regeln einer Sonderbehandlung aufgestellt. Das Recht der Leistungsstörungen (§§ 320 ff BGB) ist hiernach nicht oder nur modifiziert anwendbar ²⁸²⁾. So ist etwa ein gesetzliches Rücktrittsrecht für den bereits zur Durchführung gelangten Teil des Dauerrechtsverhältnisses ausgeschlossen, weil es zu unerträglichen Wirrnissen führen müsse, wenn man den gegenseitigen Leistungen, Leistungen an Dritte und der oftmals komplizierten Organisation den Rechtsgrund entziehen würde, und weil sich Dauerrechtsverhältnisse wegen ihrer langen zeitlichen Erstreckung als widerstandsfähiger erweisen müßten ²⁸³⁾. Aus den gleichen Gründen wird eine rückwirkende Nichtigkeit von verwirklichten Dauerrechtsverhältnissen grundsätzlich verneint und im

280) O. v. Gierke a.a.O.; Larenz a.a.O.; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 134; Nikisch Bd. I S. 165; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 131; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 82.

281) Beitzke a.a.O. S. 4; Siebert a.a.O. S. 49.

282) Vgl. Siebert a.a.O. S. 50 ff, mit weiteren Nachw.; Larenz: Schuldrecht Bd. I S. 307 f; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 49 zu § 326 BGB.

283) So Gschnitzer a.a.O. S. 296, 400; vgl. ferner Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 4 vor § 346 mit weiteren Nachw.; O.v. Gierke in Jh.Jb. S. 390 f; Wieacker in Archiv d.ö.R. (N.F.) Bd. 29 S. 1. 31; Siebert a.a.O. S. 52 f (insbesondere zur Gesellschaft), der sehr ausführlich ein Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes für in Vollzug gesetzte Dauerrechtsverhältnisse begründet (S. 52 f).

Ergebnis durch eine Auflösung ex nunc ersetzt²⁸⁴⁾.

In der Tat gibt es zu einzelnen Dauerrechtsverhältnissen Normen, die ein Geltendmachen der Nichtigkeit und ihrer Folgen nur für die Zukunft zulassen. Die für nichtig erklärte Ehe wird bei Unkenntnis eines Ehegatten von der Nichtigkeit in vermögensrechtlicher Beziehung als für die Vergangenheit wirksam behandelt (§ 26 EheG). Die Nichtigkeit kann gutgläubigen Dritten vor Erhebung der Nichtigkeitsklage nicht entgegengehalten werden (§ 27 EheG). Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit eines Ehegatten - im Bereich des bürgerlichen Rechts ein Unwirksamkeitsgrund - schafft sogar nur die Möglichkeit zur Eheaufhebung (§ 30 EheG) und läßt wegen der Gleichstellung von Aufhebungs- und Scheidungsfolgen in § 37 Abs. 1 EheG die Ehe für die Vergangenheit insgesamt als wirksam bestehen. Eine gleiche gesonderte Behandlung haben die Anfechtungstatbestände der §§ 119, 123 BGB in den §§ 31 - 34 EheG erfahren.

Im Aktienrecht ist nur in ganz besonderen Fällen und lediglich auf entsprechende Klage die Gesellschaft für nichtig zu erklären (§ 275 AktG). Die Nichtigerklärung führt durch den Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium im Ergebnis nur zur Auflösung der Gesellschaft ex nunc und hat mithin keine echten Nichtigkeitsfolgen²⁸⁵⁾. Im Recht der GmbH bestehen in den

284) Gschnitzer a.a.O. S. 408; Wieacker a.a.O. S. 30; Zur Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen s. Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II 1 S. 261; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 214 ff (zum Arbeitsverhältnis insbesondere S. 233 - 236, 240 ff); ders. in Rechtspfl. 1961 S. 423 ff; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 11 zu § 241; zum Arbeitsverhältnis ferner Staudinger-Nipperdey-Neumann Anm. 96 zu § 611; Molitor in RdA 1955 S. 41, 43; vgl. ferner zur Anfechtung und Nichtigkeit von Mietverträgen Roquette: Mietrecht S. 147, 148 f; LG Mannheim in ZMR 1965 S. 185; zum unwirksamen Dienstvertrag BGH in NJW 1964 S. 1367.

285) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 222; Baumbach-Hueck, Anm. 2 zu § 218 AktG (a.F.).

§§ 75 ff GmbHG entsprechende Regeln. Gewohnheitsrechtlich ist auch eine Berücksichtigung von Willensmängeln bei Gründungs- oder Beitrittsgeschäften der einzelnen Aktionäre bzw. der Gesellschafter einer GmbH ausgeschlossen²⁸⁶⁾.

Das Bestreben, die verwirklichte Dauerbeziehung möglichst nicht rückabzuwickeln, entnimmt man auch aus § 346 S. 2 BGB, der bei Ausübung des Rücktrittsrechts die Entrichtung der in Geld vereinbarten Gegenleistung für geleistete Dienste oder für die Überlassung einer Sachbenutzung anordnet. Hierin erblicken die Vertreter der Meinung, welche an fehlerhafte Dauerrechtsverhältnisse für die Zeit ihrer Durchführung in der Vergangenheit die Wirkungen eines mangelfreien knüpfen will, eine gewisse gesetzliche Stütze ihrer Ansicht²⁸⁷⁾.

Die vorstehend wiedergegebenen Regelungen dahin zu generalisieren, daß entsprechend alle auf unwirksamen Verträgen beruhenden Dauerrechtsverhältnisse für die Zeit ihrer Verwirklichung als wirksam zu behandeln seien, ist jedoch nicht gerechtfertigt²⁸⁸⁾.

Schon die Verschiedenartigkeit der unter diesem Begriff zusammengefaßten Rechtsverhältnisse, die sich etwa an dem Vergleich der Ehe mit einer rein schuldrechtlichen Beziehung wie dem Sukzessivlieferungsvertrag zeigt, deutet an, daß sich eine wertungsgerechte einheitliche Behandlungsgrundlage schwerlich finden läßt. Tatsächlich weisen auch die für die vorgenannten Sachverhalte geltenden Vorschriften unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte auf, die der Annahme eines einzigen verallgemeinerungsfähigen gesetzlichen Prinzips, das zur Fest-

286) Brox a.a.O. S. 221 f, 224, jeweils mit eingehenden Nachw.; RGZ Bd. 68 S. 309, 311; Bd. 71 S. 97, 98; Bd. 82 S. 375, 377 ff.

287) Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 16; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 54.

288) Beitzke a.a.O.; Brox a.a.O. S. 217.

stellung der Lückenhaftigkeit der allgemeinen Normen des BGB herangezogen werden könnte, entgegenstehen.

Zu einem Teil handelt es sich um Fallgruppen, bei denen Vertrags- oder Begründungsmängel nicht in die Vergangenheit zurückwirken sollen, weil die Interessen Dritter berührt werden ²⁸⁹⁾. Das trifft für die im Aktienrecht und dem Recht der GmbH geltenden Regeln zu ²⁹⁰⁾, für die Außenbeziehungen der auf mangelhafter Vertragsgrundlage vollzogenen OHG ²⁹¹⁾ und für den Schutz Dritter nach § 27 EheG im Falle der Nichtigkeit einer Ehe. Derartige schutzwürdige Interessen Dritter werden durch etwaige Mängel eines Arbeitsvertrages nicht berührt ²⁹²⁾.

Daneben gibt es Sachverhalte, bei denen auch oder nur die Innenbeziehungen eine gesonderte Behandlung erfahren haben. Es sind dieses die nichtige und aufhebbare ("anfechtbare") Ehe mit den bereits angeführten Sonderregelungen in §§ 23 ff, 30 ff EheG. Im Hinblick auf diese speziellen Rechtsfolgen werden ihr unter dem Gesichtspunkt der "Existenz eines Lebensverhältnisses" bezüglich der Anfechtungsfolgen nach §§ 119, 123, 142 BGB das Verlöbnis, die Innengesellschaft der OHG und das Vereinsmitgliedschaftsverhältnis gleichgestellt ²⁹³⁾. Als ein den genannten Verhältnissen gemeinsames Element wird angesehen, daß die zu bewertenden Fakten einmal gesetzt seien und sich nicht ungeschehen machen ließen, so daß es erstrebenswert sei, wenn dem faktisch Ver-

289) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 217, 218 ff.

290) Brox a.a.O.

291) Hueck: Das Recht der OHG S. 56; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 62; Brox a.a.O. S. 218 f.

292) Brox in Rechtspfl. 1961 S. 425; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 77.

293) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 225 ff.

wirklichten die normative Behandlung entspräche 294). Ein weiteres Wesensmerkmal, welches das Motiv und die Grundlage für eine gleichartige Regelung bietet, scheint die Verwirklichung eines gemeinschaftlichen Verhältnisses zu sein, das über die Leistungsaustauschfunktionen hinausreicht 295). Damit wird der Charakter des Arbeitsverhältnisses als einer Gemeinschaftsbeziehung berührt, auf den noch gesondert einzugehen ist. Begnügt man sich an diesem Ort mit der Feststellung, daß die hier interessierenden Ansprüche des Arbeitnehmers vornehmlich dem Arbeitsvertrag entstammen, daß dieser ein Austauschvertrag ist 296) und sein Abschluß auf einer entgegengerichteten Interessenlage der Beteiligten beruht 297), dann ergibt sich auch unter dem Gesichtspunkt des "Lebensverhältnisses" keine Möglichkeit für eine eingeschränkte Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsregeln aus §§ 105 ff BGB 298).

Als drittes Kriterium für eine Sonderbehandlung nichtiger bzw. unwirksamer Dauerrechtsverhältnisse schließlich werden die bei uneingeschränkter Nichtigkeit auftretenden Abwicklungsschwierigkeiten angeführt 299). Hierbei

294) Brox a.a.O.; vgl. ferner Staudinger-Going, Anm. 23 a vor § 116; BGHZ Bd. 3 S. 285, 287.

295) Vgl. Brox a.a.O., insbesondere auch seinen Hinweis auf den Sozialbund Ehe (S. 241).

296) S. BAGE Bd. 8 S. 285, 296; BGHZ Bd. 21 S. 112, 114; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 9 ff, 77.

297) Farthmann in RdA 1960 S. 6; Brox in Rechtspfl. 1961 S. 424.

298) Darauf, daß es sich hier in erster Linie um Rechtswirkungen aus dem Arbeitsverhältnis als Austauschbeziehung handelt, weist Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 77, hin.

299) Zu diesen vgl. oben S. 23 ff; über den von ihnen ausgehenden Anstoß zu einer Sonderlösung s. Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 231 ff, insbesondere S. 233 ff; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 184.

wird zu Recht nicht bereits aus dem Vorhandensein solcher Schwierigkeiten eine Sonderregelung begründet, sondern aus den zu ihnen in Bezug gesetzten gesetzlichen Wertungen³⁰⁰⁾. Der Gesetzgeber habe, so wird aus der Sicht der subjektiven Auslegungstheorie argumentiert, bei der Regelung nichtiger Verträge nur die Austauschverträge gesehen, die Besonderheiten der Dauerrechtsverhältnisse dagegen nicht erkannt³⁰¹⁾; die hiernach vorhandene Lücke sei nach den aus anderen Normierungen folgende Intentionen des Gesetzgebers, gerichtet auf den Bestand der Vollzugsfolgen (§§ 16, 28 EheG, 175 ff. AktG, 75 ff. GmbHG), in der Weise auszufüllen, daß das nichtige Dauerrechtsverhältnis für den Zeitraum seiner Verwirklichung als wirksam behandelt werde³⁰²⁾. Diese Auffassung wird namentlich auch für das Arbeitsverhältnis vertreten³⁰³⁾. Nach den Grundsätzen der objektiven Auslegungstheorie würde sich die gleiche Folge ergeben, wenn man statt primär der Vorstellung des Gesetzgebers die zum Ausdruck gelangten Normwertungen ermittelt und ihnen ein der Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsregeln entgegenstehendes vorrangiges Prinzip für die Behandlung von Dauerrechtsverhältnissen entnehmen könnte³⁰⁴⁾.

300) Brox in Rechtspfl. 1961 S. 425; Hueck a.a.O. Anm. 2.

301) Staudinger-Coing, Anm. 23 a vor § 116. Daß die allgemeinen Nichtigkeitsregeln des BGB nicht für Dauerrechtsverhältnisse passen, wird ferner festgestellt von Schumann: Handelsrecht Bd. I S. 221, 224; vgl. ferner RGZ Bd. 165 S. 193, 200; Bd. 166 S. 51, 59 (jeweils zum Gesellschaftsrecht); BGH in NJW 1964 S. 1367 (Dienstverhältnis).

302) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 240 f; ders. in Rechtspfl. 1961 S. 425 f; ebenso Schmidt-Rimpler in AcP Bd. 155 S. 158, 162.

303) Brox wie in Anm. 302; ferner Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 96 zu § 611.

304) So das Vorgehen von Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 49 ff (Gesellschaft), 81 f (Arbeitsverhältnis), der zu einem gesteigerten Bestandschutz für Dauerrechtsverhältnisse gelangt und hieraus die Nichtigkeitsfolgen beschränkt (S. 56, 87 ff.), hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses aber unter Heranziehung weiterer Gründe (S. 82).

In diesem Fall wäre das Gesetz trotz des Vorhandenseins einer an sich einschlägigen Norm lückenhaft und ausfüllungsbedürftig. Kann man aber, was angesichts der vorgenannten Voraussetzungen je nach dem Auslegungsstandort gesondert zu prüfen ist, von einer Lücke des Gesetzes in der Regelung der nach §§ 104 ff BGB unwirksamen oder nichtigen Dauerrechtsverhältnisse sprechen?

Daß der Gesetzgeber die Abwicklungsschwierigkeiten bei nichtigen, aber verwirklichten Dauerrechtsverhältnissen übersehen hat, läßt sich nicht annehmen. Das Gesetz beruht auf einer jahrzehntelangen, gründlichen Vorbereitung³⁰⁵⁾. Dieser Umstand weist eher darauf hin, daß ein derart großer Bereich wie der der Dauerrechtsverhältnisse und der Rechtsfolgen ihrer Nichtigkeit nicht übersehen wurde. Immerhin wird im BGB eine erhebliche Zahl von Dauerrechtsverhältnissen - wenn auch nicht unter diesem Begriff und unter einheitlichen Gesichtspunkten - geregelt. Es ist wenig wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber sie für die Fälle, in denen sie bei nicht wirksamer vertraglicher Grundlage vollzogen wurden, nicht mit den Nichtigkeitsfolgen in Verbindung gebracht haben soll. Nun trifft es allerdings zu, daß die Materialien zum BGB die möglicherweise auftretenden Abwicklungsschwierigkeiten nicht erwähnen³⁰⁶⁾. Das erscheint angesichts dessen, was oben festgestellt wurde, aber nicht ausschlaggebend. Es läßt ebensogut den Schluß zu, daß die strengen Nichtigkeitsfolgen grundsätzlich für angebracht angesehen wurden³⁰⁷⁾.

305) Insoweit in der Sache zutreffend Ramm in AcP Bd. 160 S. 74, 80.

306) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 240 mit weiteren Nachw.

307) Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 91, und Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 13, führen an, der von der Rechtsordnung mißbilligte Tatbestand solle nicht die gleichen Folgen wie der gebilligte zeitigen. Einen derartigen Standpunkt des Gesetzgebers mag man gleichfalls mißbilligen; er wäre aber bindend.

Hierfür spricht die frühere Regelung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen im Eherecht. Die Ehe, die vom Gesetzgeber mit Sicherheit als Dauerrechtsbeziehung begriffen worden ist, konnte wie jedes andere Vertragsverhältnis nichtig sein oder mit Wirkung ex tunc im Wege der Klage angefochten werden ³⁰⁸⁾; es traten dann entweder von vornherein oder mit Rechtskraft des Anfechtungsurteils die Ehenichtigkeitsfolgen ein ³⁰⁹⁾. Diese waren zwar in etwa dem gleichen Umfang wie im heutigen Eherecht modifiziert. Die Art der grundsätzlichen Regelung weist aber auf die Einstellung des Gesetzgebers hin, auch ein realisiertes Dauerrechtsverhältnis notwendigenfalls als nichtig anzusehen ³¹⁰⁾. Mithin erscheint die Ansicht, der Gesetzgeber habe die bei nichtigen Dauerrechtsverhältnissen auftretenden Schwierigkeiten übersehen, nicht zutreffend.

Eine andere Frage ist die, ob nicht der Wille des Gesetzgebers, wie er später ergangenen Gesetzen zugrunde gelegen hat und in ihnen zum Ausdruck gekommen ist, seiner früheren Anschauung sowie dem an sie geknüpften Willen widerspricht und daher zu einer jetzt anderen Wertung führen muß ³¹¹⁾. Die Maßgeblichkeit späterer Normen ließe sich daraus erklären, daß der historische

308) So die §§ 1325 ff, 1330 ff BGB, die bis zum Ehegesetz vom 6.7.1938 galten (vgl. Beitzke in RGRK, 9. Aufl., 1940, §§ 1323 ff).

309) Vgl. insbesondere § 1343 S. 1 BGB a.F.

310) Auch die in § 346 S. 2 BGB getroffene Regelung steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Diese Bestimmung trägt zwar der Schwierigkeit einer anderenfalls erforderlichen Bereicherungsfeststellung Rechnung, und der geregelte Tatbestand entspricht in etwa dem nichtiger Dauerrechtsverhältnisse. Ihr liegt aber das - der Lehre von den Dauerrechtsverhältnissen geradezu entgegengesetzte - Prinzip zugrunde, den vor dem Vertragschluß existenten Zustand wiederherzustellen (so Motive Bd. II S. 281), das Geschehene also rechtlich ungeschehen zu machen.

311) Vgl. zu dieser Auslegungsprämisse Nawiasky: Allgemeine Rechtslehre S. 130.

Gesetzgeber seine Wertungsfunktion durch den Erlaß eines Gesetzes nicht abschließend erfüllt hat, sondern seine Wertungen durch neue legislatorische Akte fortwährend auch im Hinblick auf früher bereits geregelte Sachverhalte neu trifft ³¹²⁾. Daher fragt es sich, ob nach Erlaß des BGB ergangene Gesetze die Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen bei Dauerrechtsverhältnissen wegen der auftretenden Abwicklungsschwierigkeiten einschränken und ob eine solche Einschränkung auch für das Arbeitsverhältnis gelten muß.

Für diese Betrachtung lassen sich gleichfalls das Aktien- und das Eherecht heranziehen, in denen jeweils beschränkte Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen angeordnet sind ³¹³⁾. Die in den genannten Gesetzen getroffenen Wertungen können aber nicht zu einer besonderen Behandlung des Arbeitsverhältnisses führen; denn ihnen läßt sich der allgemeingültige Grundsatz, eine verwirklichte Dauerrechtsbeziehung für den Vollzugszeitraum bestehen zu lassen, nicht entnehmen. Im Aktienrecht ist, worauf bereits verwiesen wurde ³¹⁴⁾, maßgebender Wertungsgrund die Berücksichtigung der Interessen Dritter, der im Bereich nur "nach innen wirkender" Dauerrechtsverhältnisse zwischen zwei Beteiligten nicht zum Tragen kommt. Im Eherecht dürfte sich, soweit lediglich die Nichtigkeitsgründe und ihre Folgen zu betrachten

312) Zu dieser Version der subjektiven Auslegungstheorie, die sich im Hinblick auf die anderenfalls bei der Rechtsfortbildung ergebenden Schwierigkeiten der objektiven Theorie nähert, s. Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft S. 617; Nawiascky: Allgemeine Rechtslehre S. 130; Sauer: Juristische Methodenlehre S. 314, bei denen auf den erkennbar "neuesten" Willen des Gesetzgebers oder den Willen dessen, der zur Zeit Recht setzt, abgestellt wird; in diesem Sinne letztlich auch Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 56 III.

313) Vgl. Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 241, wo die Heranziehung allerdings zur Ausfüllung bereits festgestellter Lücken erfolgt.

314) Vgl. S. 94.

sind, ein Wandel der Wertung nicht vollzogen haben, weil insoweit das EheG von 1938 dem des BGB von 1900 im wesentlichen entspricht ³¹⁵⁾. Hinsichtlich der im Ergebnis erfolgten Gleichstellung von Eheaufhebung (bei beschränkter Geschäftsfähigkeit eines der Eheschließenden und auf Anfechtungsgründe entsprechend den §§ 119, 123 BGB hin) und Ehescheidung ist allerdings in der Tat gegenüber der ursprünglichen Regelung in § 1343 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. eine neue, auf Restriktion der Willensmängelfolgen zielende Wertung des Gesetzgebers festzustellen ³¹⁶⁾. Diese orientiert sich aber, wie die amtliche Begründung zum EheG 1938 erweist, an spezifisch dem ehelichen Verhältnis eigentümlichen Gesichtspunkten. Es wurde als "zu der heutigen Auffassung vom Wert und der Bedeutung der Ehe widersprüchlich" angesehen, es einem Ehegatten zu ermöglichen, aus den rein vertragsrechtlichen Gesichtspunkten der beschränkten Geschäftsfähigkeit oder aus sonstigen Willensmängeln die Ehe nachträglich ex tunc auszulöschen; Willensmängel könnten nicht die begründete tatsächliche "Lebensgemeinschaft" nachträglich aus der Welt schaffen ³¹⁷⁾. Die Besonderheit der Ehe, die ihr unabhängig von rechtlichen Gesichtspunkten eigentümliche enge persönliche Verbindung der Beteiligten und die - abgesehen vom familienrechtlichen Status der Kinder - allein hieran anknüpfenden Motive der Regelung können es nicht rechtfertigen, eine das Wesen aller Dauerrechtsverhältnisse berücksichtigende Schau und einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers anzunehmen. Der dahingehenden Auffassung ist deshalb nicht zu folgen ³¹⁸⁾ und eine Lückenhaftigkeit des Gesetzes im Hinblick auf die Eigenart des Arbeitsverhältnisses als eines Dauerrechts-

315) Vgl. die früheren §§ 1325, 1344 f BGB und §§ 18, 26 f EheG.

316) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 240.

317) So die amtliche Begründung in RGBL. I S. 907; in diesem Sinne auch Lange in AcP Bd. 145 S. 129, 133.

318) So auch Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 17 f; vgl. aber dens. in AuR 1963 S. 99, 102.

verhältnisses nach den Kriterien der subjektiven Auslegungsmethode nicht festzustellen.

Auch vom Standpunkt der objektiven Auslegungsmethode weist die gesetzliche Regelung des Arbeitsverhältnisses unter dem hier behandelten Aspekt keine Lücke auf. § 346 S. 2 BGB enthält nicht ein Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes für Dauerrechtsverhältnisse³¹⁹⁾. Ein solches läßt sich auch nicht den erwähnten gesellschafts- und eherechtlichen Sonderregelungen entnehmen, da deren Wertungsgrundlagen nicht den Eigenarten des Arbeitsverhältnisses entsprechen.

Nach den Grundsätzen, die zu den Dauerrechtsverhältnissen entwickelt worden sind, ergibt sich daher keine Möglichkeit zu einer von den allgemeinen Regeln des BGB abweichenden Behandlung nichtiger oder unwirksamer Arbeitsverträge³²⁰⁾.

2.2 Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

Vielfach hat man die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen des vollzogenen Arbeitsvertrages damit begründet, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches

319) Dazu, daß es sich in dieser Vorschrift primär um eine Berechnungserleichterung für die Rückgewährforderung handelt, s. oben Anm. 310.

320) Zum Ergebnis vgl. Ramm a.a.O.; Farthmann in JuS 1964 S. 141, 142; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 77 f; letztlich wohl auch Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 82, der die Tendenz zum stärkeren Bestandsschutz nicht genügen läßt. Damit kann und soll nicht endgültig über die Lehre von den Dauerrechtsverhältnissen im ganzen sowie die von ihr ermittelten Ergebnisse entschieden werden, zumal die auf sie gestützten Regelungen unbestreitbar einem sachlichen Bedürfnis entsprechen. Und sicherlich trifft es auch zu, daß ihr eigentlicher Anknüpfungspunkt, die Abwicklung der nicht wirksam begründeten, aber verwirklichten Dauerrechtsbeziehung, im Gesetz unbefriedigend geregelt ist. Nur erscheint es nach hier vertretener Ansicht nicht möglich, eine für alle Dauerbeziehungen oder größere Kategorien von ihnen gemeinsame Lösungsgrundlage zu entwickeln und durch-

Gemeinschaftsverhältnis sei ³²¹⁾. Den personenrechtlichen Aspekt gründet man auf die Feststellung, die Arbeitsleistung erfasse die Persönlichkeit des Arbeitnehmers; seine Person sei Objekt des Rechtsverhältnisses und werde von der mit dem Arbeitgeber eingegangenen Beziehung beherrscht ³²²⁾. Den Gemeinschaftsgedanken sieht man vor allem darin verwirklicht, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Durchführung des Arbeitsverhältnisses eine den Rahmen der Verpflichtungen bei "einfachen" Austauschverträgen weit überschreitende gemeinschaftsbezogene Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme, insbesondere auch Treue- und Fürsorgepflichten, haben ³²³⁾. Die Auffassung vom Arbeitsverhältnis als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis ist ganz überwiegend von Lehre und Rechtsprechung übernommen worden, ohne daß dieser Begriff allerdings einheitlich ausgefüllt wird ³²⁴⁾.

zuführen; es kommt vielmehr auf die Struktur und die speziellen Gesichtspunkte des einzelnen Dauerverhältnisses an.

321) Vgl. Bobrowski-Gaul S. 88; Hessel in AR-Blattei D Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VI D I 2; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 84, 87 ff (allerdings nicht allein darauf abstellend); Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 123, 184; BAGE Bd. 5 S. 58, 65; Bd. 5 S. 159 ff; LAG Bremen in AP 51 Nr. 86; LAG Frankfurt in AP 54 Nr. 85.

322) So O. v. Gierke in Festschrift für Brunner S. 36 ff, insbes. S. 53, 55; ders. in Jh.Jb. Bd. 64 S. 407, 409; Siebert a.a.O. S. 83; Nikisch Bd. I S. 31 f; Hueck a.a.O. S. 28.

323) Hueck a.a.O. S. 129; Nikisch a.a.O. S. 169; besonders ausführlich Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 28 ff.

324) Außer den vorstehend in Anm. 322, 323 Genannten vgl. Bobrowski-Gaul S. 88; Kaskel-Dersch S. 19, 113; Denecke in RdA 1956 S. 412, 413; Benda: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat S. 439, 445 ff; BGHZ Bd. 10 S. 187, 190 f; BAGE Bd. 1 S. 338, 340; Bd. 2 S. 221, 224.

Zur Gegenansicht s. Mavridis in RdA 1956 S. 444; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 20 ff; ders. in AuR 1963 S. 47, 101; Farthmann in RdA 1960 S. 5 f; ders. in JuS 1964 S. 141, 143; Mayer-Maly in RdA 1962 S. 49.

Ob das Arbeitsverhältnis überhaupt ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, kann hier offen bleiben, wenn festzustellen ist, daß diese seine Eigenart zwar für die Ausgestaltung bestimmter Rechte und Pflichten innerhalb des existenten Arbeitsverhältnisses, nicht dagegen für die Frage der wirksamen Begründung derartiger und anderer Rechtsbeziehungen von Bedeutung ist. Daß enge persönliche Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien neben den Austausch von Arbeit gegen Lohn treten und sich hieraus eine besonders weitgehende beiderseitige Treuepflicht ergibt, ist unbedenklich zu bejahen ³²⁵⁾. Eine andere Frage ist es, ob diese Rechts- und Pflichtenausgestaltung eine eingeschränkte Anwendung der §§ 104 ff BGB herbeiführen kann.

Das Ausmaß der Rechte und Pflichten besagt grundsätzlich nichts über die Folgen eines mangelhaften Begründungsvorganges. Da es sich bei den erzeugten Rechtspositionen um solche aus einem Vertrage handelt, ist als Grundlage ein wirksamer Vertragsschluß erforderlich. Das Gesetz läßt weder bei einer Auslegung nach objektiven noch einer solchen nach subjektiven Kriterien erkennen, daß weitgehende persönliche Rechtsbeziehungen hinsichtlich ihrer Entstehung eine Ausnahme gegenüber anderen Rechtsverhältnissen bilden. So wäre auch im Rahmen eines "normalen" Austauschvertrages eine weitgehende persönliche Bindung denkbar, ohne daß hier eine Sonderregelung im Hinblick auf das Erfordernis des Vertragsschlusses ersichtlich ist, etwa beim Architektenvertrag. Im Gegenteil lassen die §§ 17 ff EheG erkennen, daß auch personenrechtliche Gemeinschaftsbeziehungen engster Art trotz ihrer Verwirklichung wegen fehlerhafter Begründung als von Anfang an nichtig angesehen und demgemäß behandelt wer-

325) So mit Recht etwa Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 131 mit weiteren Nachw.

den können. Derartiges läßt sich erst recht von einem Rechtsverhältnis annehmen, welches wie das Arbeitsverhältnis zwar personenrechtliche Elemente in sich trägt, zu einem ganz erheblichen Teil aber schuld- und mithin vermögensrechtliche Züge aufweist³²⁶⁾. Unter dem Gesichtspunkt der Personenbeziehung kann daher das nach einer Sonderbehandlung des Arbeitsverhältnisses strebende Abgehen von allgemeinen Vertragsregeln im Falle der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nicht gerechtfertigt werden³²⁷⁾.

Das gleiche gilt, wenn man die Besonderheit des personenrechtlichen Verhältnisses in einer weitgehenden persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers sieht³²⁸⁾. Hier beschränkt sich die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers auf ein Direktionsrecht des Arbeitgebers, das hinsichtlich der anstehenden Fragen keinen Grund zu einer Sonderbehandlung des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Rechtsverhältnissen bietet³²⁹⁾.

So wird denn auch im Rahmen der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis Gewicht auf dessen

326) Auf letztere wird immer wieder hingewiesen, vgl. BAG in NJW 1960 S. 738, 740; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 132 f; Nikisch Bd. I S. 161 ff; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 9 f mit weiteren Nachw.

327) Auch im Gesellschaftsrecht, zu dem Parallelen unter dem Gesichtspunkt des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses gesehen werden (vgl. Hessel in AR-Blattei D Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI D I 2), sind nicht etwa die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter der Grund einer für die Zukunft beschränkten Wirkung von Nichtigkeitsgründen; vgl. BGHZ Bd. 3 S. 285 ff; Bd. 10 S. 320 ff.
Zum Ergebnis vgl. auch Wiedemann a.a.O. S. 76 f.

328) So mit verschiedenartigen Ausgestaltungen O. v. Gierke in Festschrift für Brunner S. 55; Potthoff in Arbeitsrecht 1922 Sp. 275, 276; Nikisch Bd. I S. 7.

329) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 24.

Status- oder Gemeinschaftseigenschaft gelegt³³⁰⁾. Mit dem Statuscharakter rechtfertigt man einen Rückgriff auf die eherechtlichen Vorschriften³³¹⁾; aus dem Gemeinschaftsgedanken schließt man auf eine Anwendung der für das Gesellschaftsrecht entwickelten Sonderregelungen³³²⁾.

Dadurch, daß man dem Arbeitsverhältnis eine Statuseigenschaft beilegt, gelangt man aber nicht zu einer Gleichstellung der Interessenlage mit der im Eheverhältnis. Wie bereits im Zusammenhang mit den Dauerrechtsverhältnissen festgestellt wurde, sind die für die eherechtlichen Vorschriften maßgebenden Besonderheiten im Arbeitsverhältnis nicht verwirklicht³³³⁾. Soweit man ferner auf den Gemeinschaftsgedanken abstellt, wird einmal mit Recht eingewandt, daß einer partiellen Gemeinsamkeit von Interessen im wesentlichen ein Interessenstreit gegenübersteht, der für das Arbeitsverhältnis grundlegend ist³³⁴⁾. Außerdem beruhen die für die Gemeinschaftsverhältnisse Ehe und Gesellschaft geschaffenen Sonderregeln auf Gesichtspunkten, die für das Arbeitsverhältnis nicht zutreffen³³⁵⁾. Demnach läßt

330) Zum Statusgedanken s. Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 83; Bötticher in RdA 1953 S. 321, 322; Frey in AuR 1953 S. 170, 171; in etwa auch Nikisch a.a.O. S. 32; ferner Potthoff a.a.O. ("Organisationsverhältnis").
Zum Gemeinschaftsgedanken vgl. Hueck a.a.O. S. 131; Nikisch a.a.O. S. 169; Wiedemann a.a.O. S. 28 ff; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 136 ff.

331) So Frey in AuR 1953 S. 170, 171.

332) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 129, 184.

333) Vgl. oben S. 100; ferner Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 28; in etwa auch Nikisch Bd. I S. 163.

334) Ramm a.a.O.; Farthmann in RdA 1960 S. 6; Brox in Rechtspfl. 1961 S. 424; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 388.

335) Vgl. oben S. 99 f; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 28.

sich nicht feststellen, daß der Status- oder Gemeinschaftsgedanke über den Bereich des Ehe- und Gesellschaftsrechts hinaus in einer gesetzlichen Wertung Ausdruck gefunden hat, die auch für das Arbeitsverhältnis Geltung beanspruchen könnte ³³⁶⁾. Dann aber kann insoweit ebensowenig wie im Zusammenhang mit den personenrechtlichen Beziehungen der Beteiligten angenommen werden, daß die vertragsrechtlichen Bestimmungen der §§ 105 BGB für das Arbeitsverhältnis nicht paßten und die gesetzliche Regelung deshalb lückenhaft sei.

- 2.3 Das sozialrechtliche Schutzprinzip und sein Einfluß auf die Folgen der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages.
- 2.31 Zum überwiegenden Teil stellt sich das Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht dar ³³⁷⁾. Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, seine Tätigkeit im gegenständlichen Herrschafts- und Gefahrenbereich des Arbeitgebers und seine wirtschaftliche Abhängigkeit sind Gegebenheiten, welche den Arbeitnehmerschutz erfordern. Die Abwicklung des nicht wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses für den Zeitraum seines Vollzuges beschränkt sich im wesentlichen auf den vermögensbezogenen Ausgleich unter den Beteiligten. Pflichten des Arbeitgebers, die sich aus dem Schutz des Arbeitnehmers ergeben, sind hier deshalb nur in dem Umfang von Bedeutung, in dem sie das Arbeitsentgelt betreffen oder ihre Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch führen kann. Da insoweit hauptsächlich die wirtschaftliche Existenz

336) So im Ergebnis die in Anm. 334 Genannten; ferner Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 77, unter Hinweis darauf, daß es hier nicht um Rechtsfolgen des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, sondern um vermögensrechtliche Wirkungen des Austauschvertrages geht.

337) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 25 ff; Nikisch Bd. I S. 30 f; Kaskel-Dersch S. 1; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 68 ff; Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 62; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 84 f; Gamillscheg in AcP Bd. 164 S. 385, 390 f.

des Arbeitnehmers berührt wird, ist in erster Linie auf die Bedeutung und Auswirkungen der gesetzlichen Regeln abzustellen, welche der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers Rechnung tragen ³³⁸⁾.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gründet sich darauf, daß er zur dauernden Verwertung seiner Arbeitskraft im Dienste des Arbeitgebers gezwungen ist, um seinen Lebensunterhalt sicherzustellen ³³⁹⁾. Diese Abhängigkeit ist für das Arbeitsverhältnis typisch ³⁴⁰⁾. Dem Zweck, sie nach Möglichkeit aufzuheben, dient die Regelung verschiedener Tatbestände wie etwa der Lohnzahlung trotz Nichtleistung der Arbeit (§§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO), des Urlaubs- und Mutterschutzrechts ³⁴¹⁾, der weitgehenden Erhal-

338) Wenn außerdem auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers als Grund der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers verwiesen wird (vgl. Hueck a.a.O. S. 26; Bulla in Mitteilungen des Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 2), so darf doch nicht außer Betracht gelassen werden, daß auch ihre Ursache letztlich wieder die wirtschaftliche Abhängigkeit ist. Ohne sie könnte der Arbeitnehmer den Zustand persönlicher Abhängigkeit regelmäßig vermeiden oder beschränken.

339) Vgl. Lotmar: Der Arbeitsvertrag Bd. I S. 10 f; Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts S. 61 f, 183; Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages S. 73 f; Radbruch-Zweigert: Einführung in die Rechtswissenschaft S. 125; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 26; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 85; Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 63; Herz: Anspruch und Norm im Arbeitsrecht S. 36, 95; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 11 ff.

340) A.A. zwar Dölle in ZfgStW. Bd. 103 S. 96. Dagegen zutreffend aber Wiedemann a.a.O. S. 15; s. ferner Herz a.a.O.

341) Als Grundlage der in diesen Vorschriften normierten Verpflichtungen des Arbeitgebers wird zumeist die Fürsorgepflicht genannt (vgl. Hueck a.a.O. S. 472, 520 f, 610, jeweils mit weiteren Nachw.). Damit ist aber keinesfalls gesagt, daß diese Rechtsgestaltung nicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, weil die Fürsorgepflicht selbst auf dem sozialen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers beruht (vgl. Hueck a.a.O. S. 391 Anm. 6; Nikisch a.a.O. S. 496 f).

tung des Arbeitsplatzes (KündigungsschutzG, MutterschutzG) sowie der Gewährung angemessener Lohn- und Arbeitsbedingungen (TarifvertragsG, Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen). Mit Recht ist daraus geschlossen worden, daß der sozialrechtliche Schutzgedanke i.S. eines Schutzes des Arbeitnehmers dem Arbeitsrecht immanent ist ³⁴²⁾.

Neben dieses dem Arbeitsrecht selbst zu entnehmende Schutzprinzip ist mit dem Grundgesetz der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) getreten, der auch in der Arbeitsrechtswissenschaft ständig mehr hervorgehoben wird ³⁴³⁾. Das mit der Sozialstaatsklausel verfolgte Ziel besteht nicht zuletzt darin, die Existenzunsicherheit für die abhängig Arbeitenden beheben zu helfen ³⁴⁴⁾.

Sowohl im Arbeitsrecht selbst wie auch im Verfassungsrecht findet sich sonach das sozialrechtliche Schutzprinzip als das gesetzlich zum Ausdruck gekommene Bestreben der Rechtsordnung, die durch die sozialen Ge-

342) So besonders nachdrücklich Kaskel-Dersch S. 1; Dersch in RdA 1949 S. 326; ders. in Festschrift für Herschel S. 74; Bulla in Mitteilungen des Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 2; Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 64 f; ders. in RdA 1960 S. 8 f; ders. in JuS 1964 S. 145 f; Herschel in RdA 1964 S. 7.

Der besondere Schutzcharakter des Arbeitsrechts wird aber auch von anderen hervorgehoben; vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 26 f, 391 Anm. 6; Nikisch Bd. I S. 30 f, 520 f; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 84 f; ders. in RdA 1958 S. 368; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 30 f; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 21.

343) Hierzu Benda: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat S. 53.

344) Müller in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 726 mit weiteren Nachw.; Gamillscheg in AcP Bd. 164 S. 385, 389; Benda a.a.O. S. 101.

gebenheiten bedingte, unausweichliche Existenzunsicherheit des Arbeitnehmers aufzuheben oder doch abzuschwächen. Allerdings kann man dieses Prinzip nicht als unmittelbare Anspruchsgrundlage auffassen. Das gilt sowohl gegenüber der Meinung, die ihm die Bedeutung einer "echten objektiven Rechtsnorm" zubilligt ³⁴⁵⁾, als auch im Hinblick auf die Funktion der Sozialstaatsklausel ³⁴⁶⁾, die sich in erster Linie als Auftrag an den Gesetzgeber zur Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit im positiven Recht darstellt ³⁴⁷⁾. Das sozialrechtliche Schutzprinzip ist aber als Richtschnur für die Auslegung der bestehenden Rechtsnormen heranzuziehen und vermag in dieser Funktion die Ausgestaltung des geltenden Rechts zu beeinflussen ³⁴⁸⁾.

Daß diesem Prinzip Grenzen gegenüber einer Ausuferung zum schrankenlosen Schutz des Arbeitnehmers gesetzt sein

345) So Dersch in RdA 1949 S. 326; ders. in Festschrift für Herschel S. 74; Kaskel-Dersch S. 1; Bulla in Mitteilungen des Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 3; Farthmann in RdA 1960 S. 8.

Zur Ablehnung eines Anspruchs aus dem sozialrechtlichen Schutzprinzip vgl. oben S. 76 f; ferner Siebert in RdA 1958 S. 368.

346) Gegen deren Funktion als unmittelbare Anspruchsgrundlage v. Mangoldt-Klein, Anm. VII 2 c zu Art. 20 mit weiteren Nachw.; Müller in DB 1956 S. 525, 550; ders. in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 724, mit zutreffender Interpretation der teilweise mißverständlichen Rechtsprechung des BAG; Hueck in Festschrift für Apelt S. 64.
Vgl. allerdings Reuß: Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips S. 29; ferner Fechner in RdA 1955 S. 161, 168, wonach Art. 20 Abs. 1 GG in engen Grenzen zur Anspruchsgrundlage werden kann; ebenso Gamillscheg in AcP Bd. 1964 S. 385, 389; dagegen Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 392 Anm. 6; Müller in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 728.

347) Vgl. BVerfGE Bd. 1 S. 97, 105; Bd. 8 S. 274, 329; v. Mangoldt-Klein, Anm. VII 2 b zu Art. 20; Nikisch a.a.O. S. 36; Benda a.a.O. S. 63.

348) So zur Wirkung der Sozialstaatsklausel die in Anm. 346 Genannten; vgl. ferner Gamillscheg in AcP Bd. 1964 S. 385, 403; Benda a.a.O. S. 455.
Zur gleichartigen Funktion des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 24; Nikisch Bd. I S. 30.

müssen, liegt auf der Hand. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo rechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers nach den Wertungen des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers schwerer wiegen als die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ³⁴⁹⁾ oder wo der Grundsatz der Rechtssicherheit beeinträchtigt wird ³⁵⁰⁾. Dahingehende Feststellungen können nicht generell, sondern nur im Hinblick auf die einzelnen, sich jeweils aus der Einteilung des Gesetzes ergebenden Sachverhaltsgruppen getroffen werden.

- 2.32 Es fragt sich nunmehr, ob die Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsanordnungen in §§ 105 ff BGB sowie ihre gesetzlichen Abwicklungsfolgen für den Zeitraum des Arbeitsvertragsvollzuges mit dem sozialrechtlichen Schutzprinzip in Einklang stehen.

Wie bereits festgestellt worden ist, steht dem Arbeitnehmer bei strenger Anwendung der außervertraglichen Abwicklungsregeln nur ein Teil der Rechte zu, die aus einem wirksamen Arbeitsvertrag folgen ³⁵¹⁾. Die von Anfang an wirkende Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit führt unter Umständen dazu, daß ein Vergütungsanspruch nicht besteht. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründeten Vergünstigungen ist in jedem Falle ausgeschlossen. Andererseits hat der Arbeitnehmer für den Zeitraum der Erfüllung des nichtigen oder unwirksamen Arbeitsvertrages seine Zeit und seine Arbeitskraft im Dienste des Arbeitgebers verwandt ³⁵²⁾. Er kann diesen Vorgang nicht rückgängig machen und den durch die Nichtigkeit verminderten oder vereitelten Erwerb durch Verwertung seiner Arbeitskraft

349) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 27; Nikisch Bd. I S. 30 Anm. 5.

350) Müller in Bundesarbeitsblatt 1964 S. 728.

351) Vgl. oben S. 23 ff.

352) Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 67.

in der Folgezeit nicht nachholen. Hierdurch wird seine regelmäßig auf dem Arbeitseinkommen beruhende Existenzgrundlage gefährdet ³⁵³⁾. Ferner ist er ohne eine entsprechende rechtliche Sicherung den mit der Erbringung der Arbeitsleistung typischerweise verknüpften Gefährdungen ausgesetzt, deren wirtschaftlicher Beseitigung gerade die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dient. Man denke etwa an die Lohnfortzahlung im Fall einer Erkrankung des Arbeitnehmers, die mit der Arbeitsleistung im Zusammenhang steht, aber nicht auf einer Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen durch den Arbeitgeber beruht. Die auf Grund der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages eintretenden Rechtsfolgen führen nach alledem einen Zustand herbei, der den Postulaten des sozialrechtlichen Schutzprinzips nicht entspricht ³⁵⁴⁾.

- 2.33 Zwecks Feststellung einer Gesetzeslücke ist daher zu ermitteln, ob der Gesetzgeber die sozial bedenklichen Auswirkungen der Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsfolgen bei den hier betrachteten Fallgruppen nicht gesehen hat bzw. ob das sozialrechtliche Schutzprinzip gegenüber der in §§ 104 ff BGB getroffenen Regelung vorrangig ist.

Weder zu den Regeln über die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Rechtsgeschäfte noch zu den Vorschriften des Dienstvertrages findet sich in den Materialien zum BGB ein Hinweis darauf, daß die Unwirksamkeit eines bereits in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrages den schutzwerten Belangen des Arbeitnehmers widersprechen könnte ³⁵⁵⁾.

353) Zur Notwendigkeit einer ununterbrochenen entgeltlichen Arbeitstätigkeit s. auch Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages S. 73.

354) So zur Rechtsfolge aus § 142 BGB Parthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 67; für alle Fälle der Nichtigkeit Enneccerus-Lehmann § 145 III 3; vgl. ferner Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 398, wonach bei rückwirkender Nichtigkeit die einmal gesicherte Existenzgrundlage des Arbeitnehmers ignoriert würde.

355) Zu §§ 104 ff BGB vgl. Motive Bd. I S. 131 ff; zu §§ 611 ff BGB Motive Bd. II S. 455 ff; s. ferner Magdan Bd. II S. 897 ff, 1255 ff, 1283 ff, 1327 ff.

Dieser Umstand läßt zwar die Möglichkeit der Annahme zu, der Gesetzgeber habe die unsozialen Folgen der getroffenen Regelungen für die hier behandelten Sachverhalte nicht gesehen. Allein das Fehlen einer ausdrücklichen Stellungnahme reicht aber an dieser Stelle ebenso wenig aus wie bei der Frage der Sonderbehandlung nichtiger Dauerrechtsverhältnisse. Vielmehr läßt zunächst auch bezüglich der sozialen Bedeutung des verwirklichten Arbeitsvertrages die gründliche Vorbereitung zum BGB eher den Schluß zu, der Gesetzgeber habe alle möglichen Auswirkungen der Regelungen gesehen und lediglich eine nach unserer heutigen rechtspolitischen Anschauung verfehlte Wertung getroffen.

Dennoch lassen der Zeitpunkt der Entstehung des BGB, die zu ihrer Zeit herrschende liberalistische Gesellschaftsordnung und die Orientierung der Gesetzgebung an dieser den Schluß zu, daß den Schöpfern des BGB die Problematik, die sich unter sozialen Gesichtspunkten für den Arbeitnehmer aus der Abwicklung des nichtigen bzw. unwirksamen Arbeitsvertrages nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln ergeben konnte, nicht zu Bewußtsein gekommen ist.

Das BGB, in Kraft getreten mit der Jahrhundertwende, ist in seinem politischen, sozialen und wirtschaftlichen Geist weit mehr ein "Kind des 19. als eine Mutter des 20. Jahrhunderts" ³⁵⁶⁾. Die ihm zugrunde liegende Gesamtordnung ist die des Liberalismus; der Menschentyp, an dem es sich orientiert, das möglichst gleiche und freie Individuum ³⁵⁷⁾. Dieser wurde vom Gesetz nicht in seiner sozialen Stellung, etwa als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, erfaßt, sondern als individueller "homo oeconomicus" ³⁵⁸⁾, als Teilnehmer am allgemeinen Rechtsverkehr. Der Arbeitnehmer schloß gleichsam einen freien Vertrag über die Ware "Arbeits-

356) Boehmer: Einführung in das Bürgerliche Recht S. 83; Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952) S. 288.

357) Boehmer a.a.O.; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 8.

358) Boehmer a.a.O.

kraft" 359). Die existentielle Bedeutung dieser "Ware" und ihrer Verwertung für den Arbeitnehmer wird nicht, wie es von der Sache her zu erwarten gewesen wäre, hervorgehoben. In gleicher Weise wird nicht die hierdurch bedingte soziale Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gesehen; anderenfalls wäre es nicht denkbar, daß dennoch eine von möglichst allen staatlichen Einflüssen unberührte, hypothetische Gleichberechtigung der Parteien als Basis des Arbeitsvertrages angenommen wurde. Diese materielle Gleichberechtigung konnte erst durch die kollektiven Zusammenschlüsse auf seiten der Arbeitnehmer, die ihnen gewährten Zuständigkeiten und die an ihre Tätigkeit geknüpften rechtlichen Folgen in etwa hergestellt werden 360). Desgleichen wurden wesentliche durch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers bedingte Mißstände erst durch die spätere Gesetzgebung beseitigt. So bestand beispielsweise bis zum Jahre 1918 für den größten Teil der Arbeitnehmer keine gesetzliche Begrenzung der Arbeitszeit.

Vor diesem legislatorischen Hintergrund lassen auch nicht die in den §§ 616, 617, 618 BGB getroffenen Regelungen den Schluß zu, der Gesetzgeber des BGB habe die Sachverhalte entscheidend auch unter sozialen Gesichtspunkten gesehen, doch andere Prinzipien höher bewertet. Die in den vorgenannten Vorschriften enthaltenen sozialen Elemente halten sich im Rahmen "ethischer Minimalanforderungen eines ehrenhaften und vernünfti-

359) Radbruch-Zweigert: Einführung in die Rechtswissenschaft S. 124; Hueck a.a.O. S. 9. Bezeichnend ist der Hinweis in den Motiven (Bd. II S. 455) auf "die nahe Verwandtschaft von Dienst- und Mietvertrag", der auf einen Sachcharakter der Arbeitsleistung schließen läßt, obwohl man erklärterweise einen besonderen Vorzug des neuen Rechts in der Abschaffung der Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales sah (a.a.O. S. 456); zur Kritik s. Endemann: Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht.

360) Vgl. Staudinger-Brändl, Einl. 26 zum Allgemeinen Teil BGB; Biedenkopf: Grenzen der Tarifautonomie S. 25 f, 75.

gen Wirtschaftsliberalismus" ³⁶¹⁾; sie sind aus dieser Konzeption heraus mehr zufällige "Tropfen sozialen Öls" ³⁶²⁾, als daß sie sich als Ergebnis sozialer Grundentscheidungen ansehen lassen ³⁶³⁾. Schließlich ist auch der Zusammenfassung und einheitlichen Regelung so verschiedenartiger Erscheinungen wie der abhängigen Arbeit und der selbständigen Dienste im Recht des Dienstvertrages zu entnehmen, daß der Gesetzgeber den sozial mißlichen Sachverhalt, der sich für den Arbeitnehmer bei einer Nichtigkeit des Arbeitsvertrages im Hinblick auf den Verwirklichungszeitraum ergeben muß, nicht bedacht hat. Nach alledem ist insoweit eine der Ausfüllung bedürftige Lücke im Gesetz anzunehmen ³⁶⁴⁾.

361) So Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952) S. 290.

362) Wieacker a.a.O. S. 280; Staudinger-Brändl, Einl. 24 zum Allgemeinen Teil BGB.
Vgl. ferner die Motive (Bd. II S. 463), wo zwar sozialpolitische Grundsätze zu den Gründen der in § 616 BGB (dort noch § 562) gezählt werden, daneben aber die Humanität und die Billigkeit der Regelung für kurzfristig dienende wehrpflichtige Arbeitnehmer herangezogen werden.

363) Hierfür spricht auch, worauf Reinhardt in RdA 1965 S. 259, 261, im Zusammenhang mit der Frage der Arbeitnehmerhaftung hinweist, daß die Kommissionen zum Entwurf eines BGB ihre Hauptaufgabe in einer Kodifikation des geltenden Rechts, nicht aber in reformerischer Tätigkeit gesehen haben. Die weiteren Gesetzgebungsarbeiten haben zu keinen wesentlichen Änderungen geführt. S. ferner Endemann: Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 78.

In anderem Zusammenhang wurde angeführt, das bürgerliche Recht sei nicht der Ort, an dem sich die Fortschritte auf dem Gebiete der Sozialpolitik zu vollziehen hätten (so die Protokolle bei Mugdan Bd. II S. 903).

364) S. auch BVerfGE Bd. 7 S. 342, 349 f., wo in anderem Zusammenhang festgestellt wird, daß sich das Arbeitsrecht durch die seit dem Erlaß des BGB eingetretene sozialrechtliche Entwicklung als Sonderrecht der Arbeitnehmer verselbständigt und aus dem Privatrecht ganz herausgelöst habe.

Zieht man - immer noch von der Warte der subjektiven Auslegungstheorie - zur Lückenfeststellung den erkennbar "neuesten" Willen des Gesetzgebers oder den Willen dessen, der zur Zeit Recht setzt ³⁶⁵⁾, heran, so gelangt man erst recht zum Vorliegen einer Lücke für die hier anstehenden Sachverhalte. Wie bereits zu begründen versucht wurde, hat der soziale Schutzzweck der arbeitsrechtsbezogenen Normen in der gesetzgeberischen Konzeption zum BGB so gut wie keine Rolle gespielt. Erst in der Zeit nach 1900, dann aber in ständig zunehmendem Umfang, ist er in den Vordergrund getreten und hat zu einer weitgehenden Durchbrechung der liberalen Leitlinien des bürgerlichen Rechts geführt, indem seine Verwirklichung die Privatautonomie einengte, die Ausübung der Rechte des Arbeitgebers beschränkte und ihm über die Normen des BGB hinaus vertragliche Pflichten auferlegte. Dieses Schutzprinzip gilt fort ³⁶⁶⁾. Es wird nunmehr durch die Sozialstaatsklausel (Art. 20 Abs. 1) verfassungsrechtlich gewährleistet ³⁶⁷⁾. Widerspricht die durch die allgemeinen Nichtigkeitsregeln des BGB und somit auch durch die §§ 104 ff BGB angeordnete Rechtsfolge dem sozialrechtlichen Schutzgedanken, so ist die gesetzliche Regelung insoweit lückenhaft.

Nach der objektiven Auslegungstheorie schließlich gelangt man zu demselben Ergebnis. Hier tritt das sozialrechtliche Schutzprinzip, das zugunsten des Arbeitnehmers eine Behandlung des auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhenden, aber vollzogenen Arbeitsverhältnisses als wirksam verlangt, in Widerspruch zu den Nichtig-

365) Hierzu s. oben Anm. 312.

366) Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 12, wo im folgenden allerdings nicht nur die wirtschaftliche Unterlegenheit des Arbeitnehmers als Schutzgrund angesehen wird.

367) Über das Zusammenwirken der den Schutz des Arbeitnehmers bezweckenden Gesetze und des Sozialstaatsgrundsatzes s. Gamillscheg in AcP Bd. 164 S. 385, 391.

keits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen, wie sie das BGB anordnet. Die Gegensätzlichkeit der beiden Wertungen ist nur dadurch zu lösen, daß eine von ihnen gegenüber der anderen zurücktritt. Dabei gebührt dem sozialrechtlichen Schutzprinzip grundsätzlich der Vorrang, wie die zwingende, unabhängig vom Parteiwillen einsetzende Wirkung der dem Schutz des Arbeitnehmers bezweckenden Regelungen zeigt.

- 2.34 Bei der Beantwortung der Frage, wie die hier festgestellte Lücke auszufüllen ist, muß nach der subjektiven Theorie auf die Wertungen abgestellt werden, die der Gesetzgeber getroffen haben würde, wenn er diese besondere Interessenlage gesehen hätte ³⁶⁸); nach der objektiven Auslegungslehre ist zu fragen, wie das grundsätzlich für vorrangig erachtete Rechtsprinzip unter Abstimmung mit den sonstigen Rechtsinstituten und Prinzipien verwirklicht werden kann ³⁶⁹). In diesem Punkt sind die Kriterien für die Ermittlung der lückenausfüllenden Norm nach beiden Lehren letztlich dieselben, da der gesetzgeberische Wille ebenso wie die Vorrangigkeit eines der widerstreitenden Prinzipien den jetzt geltenden Bestimmungen entnommen werden müssen ³⁷⁰).

Durch die bereits erwähnten arbeitsrechtlichen Sonderregelungen hat der sozialrechtliche Schutzgedanke in großem Ausmaß zu Durchbrechungen der bürgerlichrechtlichen Normen und Grundsätze geführt. Die Freiheit der Gestaltung des Arbeitsvertrages als Ausfluß der Privatautonomie wird durch das Tarifvertragsgesetz (§ 4, noch weitergehend bei Allgemeinverbindlichkeit nach § 5) sowie durch das Gesetz über die Festsetzung von Mindest-

368) Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 59 I; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 216.

369) S. Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 160 f, 163 f.; vgl. ferner BAGE Bd. 5 S. 1, 6 f, 9 = in JZ 1958 S. 254, 255 f mit Anm. von Herschel.

370) Enneccerus-Nipperdey Bd. I §§ 59 I, 58 II, III; Bender in JZ 1957 S. 599 f.

arbeitsbedingungen eingeengt³⁷¹⁾. Gleiches gilt etwa auch im Hinblick auf den gesetzlichen Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz. Die Urlaubsgesetze und die Regeln über die Fortzahlung des Lohnes trotz Nichtleistung der Arbeit, insbesondere bei Krankheit, erlegen dem Arbeitgeber Pflichten auf, die grundsätzlich außerhalb des der bürgerlichrechtlichen Konzeption entsprechenden wirtschaftlichen Synallagmas von Lohn und Arbeitsleistung begründet sind und sich nur aus ihrer Sozialbedingtheit erklären lassen. Der gleiche Gesichtspunkt gilt für die durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte Abweichung von den Grundsätzen des Haftungsrechts beim sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich³⁷²⁾. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einseitige Gestaltung seitens des Arbeitgebers schließlich wird durch das Kündigungsschutzgesetz sowie das Mutterschutzgesetz beschränkt. Diesen Regelungen läßt sich nicht nur entnehmen, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Verwirklichung des sozialrechtlichen Schutzprinzips an vielen Stellen durchbrochen hat. Es ist auch zu erkennen, daß der soziale Schutzgedanke auf Kosten des Arbeitgebers verwirklicht worden ist.

Nun würde es allerdings zu weit gehen, hieraus herzuleiten, daß den sozialen Belangen des Arbeitnehmers grundsätzlich der Vorrang vor den Interessen des Arbeitgebers einzuräumen ist. Bei Beantwortung der Frage, ob aus einem nicht wirksamen, aber in Vollzug gesetzten

371) Zum Schutzzweck der tarifvertragsgesetzlichen Regelung vgl. Biedenkopf: Grenzen der Tarifautonomie S. 75; zu dem der Mindestarbeitsbedingungen Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 30 f.

372) Vgl. dazu BAGE Bd. 5 S. 1, 7 f; BAG in AP Nr. 14, 27, 33, 37 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers); Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 232 ff; Nikisch Bd. I S. 304 ff.
Mit Recht weist Bulla in Mitteilungen des Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 4, darauf hin, daß es sich auch hierbei um eine Auswirkung der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers handelt.
Vgl. auch BAG in DB 1955 S. 194 ("soziales Bedürfnis").

Arbeitsverhältnis wie aus einem wirksamen Vertrag Rechte des Arbeitnehmers hergeleitet werden können, sind auch die gesetzlichen Wertungen der Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Soweit nicht gerade der hier betrachtete Fall eintritt, daß der Arbeitsvertrag wegen Fehlens der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers nichtig bzw. unwirksam ist, steht wohl kein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers dagegen, das mangelhaft begründete Arbeitsverhältnis für den Zeitraum seines Vollzuges als wirksam zu behandeln. Da die hieran geknüpften Wirkungen für beide Vertragsparteien eintreten, trägt auch der Arbeitnehmer sämtliche vertraglichen Pflichten; er haftet insbesondere wie jeder andere Arbeitnehmer für deren schuldhaftige Verletzung. Wegen der Haftung des Arbeitnehmers für positive Forderungsverletzungen, die nicht unter den Tatbestand einer unerlaubten Handlung fallen, und der nachvertraglichen Pflichten wird es oft sogar den Interessen des Arbeitgebers entsprechen, daß das Arbeitsverhältnis die gleichen Rechtsfolgen wie ein wirksam zustandegekommenes hervorbringt³⁷³⁾. Daraus folgt keineswegs, daß das sozialrechtliche Schutzprinzip nicht der entscheidende Gesichtspunkt für eine Regelung der Abwicklung fehlerhafter Arbeitsverträge ist. Das sozialrechtliche Schutzprinzip besagt nicht, daß allein die Interessen des Arbeitnehmers verwirklicht werden müssen. Innerhalb des wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses, dem "normalen" Wirkungsbereich des sozialen Schutzgedankens, wird ohne weiteres davon ausgegangen, daß dem Arbeitnehmer auch Pflichten obliegen. Daher reicht das sozialrechtliche Schutzprinzip nur so weit, wie der Arbeitnehmer bei wirksamem Arbeitsvertrag geschützt wird, so daß die dafür getroffene Regelung auch auf die Fälle des nichtigen oder unwirksamen Arbeits-

373) Vgl. Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 235 f, wo auf den Verrat von Geschäftsgeheimnissen hingewiesen wird.

vertrages anzuwenden ist. In diesen Grenzen hält sich die Belastung des Arbeitgebers. Sofern bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages gleichwohl im Einzelfall eine Belastung des Arbeitgebers durch Beschäftigung gerade dieses Arbeitnehmers entstehen wird - wenn etwa der Arbeitnehmer wegen Krankheit eine Zeitlang arbeitsunfähig war -, handelt es sich um Sachverhalte, die von der Normalerscheinung des Arbeitsverhältnisses auf wirksamer Vertragsgrundlage nicht abweichen. Hier besteht also im Hinblick auf die Interessen beider Seiten kein schwerwiegender Grund, dem sozialrechtlichen Schutzprinzip entsprechend das verwirklichte unwirksame Arbeitsverhältnis wie ein wirksames abzuwickeln³⁷⁴⁾. Anders gestaltet sich das Interesse des Arbeitgebers bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers. Hier ist von vornherein nach § 276 Abs. 1 S. 3 BGB die vertragliche Haftungsmöglichkeit des Arbeitnehmers eingeengt. Sie wird zusätzlich beschränkt oder entfällt ganz, wenn man zu dem Ergebnis kommen muß, daß der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer für verschuldete Vertragsverletzungen nur begrenzt oder überhaupt nicht haftet. Die vertragliche Haftung des geschäftsunfähigen oder beschränkt

374) Vgl. die grundsätzliche Bejahung einer Nichtigkeitsfolgenbeschränkung auf Grund des sozialrechtlichen Schutzprinzips oder des sozialen Schutzgedankens bei Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 67; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 85 ff; Simitis in JZ 1964 S. 741 f; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 78; im Ausgangspunkt auch Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 30 ff; vgl. ferner Enneccerus-Lehmann § 145 III 3; Wiesacker in Festschrift für das OLG Celle S. 263, 280, 284 f.

Die wesentliche Gleichheit der Interessenlage der Beteiligten bei Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mag auch wohl der Hauptgrund dafür sein, daß die ganz überwiegende Ansicht - wenn auch mit den verschiedensten Begründungen - im Ergebnis zu einer Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen gelangt (vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 184, 186 ff; Nikisch Bd. I S. 173 f, 216 ff; Siebert a.a.O. S. 87 ff; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 96 ff zu § 611).

geschäftsfähigen Arbeitnehmers soll noch nicht an dieser Stelle, sondern erst später untersucht werden ³⁷⁵⁾. Auf das Ergebnis dieser Erörterung vorgreifend kann man jedoch hier bereits davon ausgehen, daß die Einstandspflicht des Arbeitnehmers bei einem nach §§ 105 ff BGB nicht wirksamen Arbeitsvertrag geringer ist als innerhalb eines fehlerfrei begründeten Arbeitsverhältnisses. Dann ist dem Arbeitgeber natürlich daran gelegen, daß er ebenfalls von vertraglichen Pflichten freibleibt. Zwischen seinem Interesse und dem des Arbeitnehmers liegt also im Hinblick auf die etwaigen Folgen der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages ein echter Gegensatz vor.

Dieser Interessenwiderstreit ist i.S. des Schutzes des geschäftsunfähigen bzw. beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmers zu lösen. In einem Großteil der Fälle wird das nichtige oder unwirksame Arbeitsverhältnis ohne Schadensfolgen abgewickelt und unterscheidet sich insoweit nicht von den oben behandelten sonstigen Arbeitsverhältnissen auf mangelhafter Vertragsbasis. Ferner ist in gewissem Umfang eine Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers durch die §§ 823 ff, 828, 829 BGB gewährleistet. Im übrigen führt aber der gesetzlich angeordnete Schutz des nicht oder beschränkt Geschäftsfähigen zu dem Ergebnis, daß ihm trotz einer dadurch bedingten Schlechterstellung des Arbeitgebers die gleiche Rechtsstellung wie auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrages eingeräumt werden muß. Die Normen, welche die Rechtsfolgen des Verhaltens von nicht voll Geschäftsfähigen regeln, lassen erkennen, daß der ihnen zukommende Schutz, wenn nicht anders möglich, auf Kosten ihres Geschäftsgegners verwirklicht werden soll. Das ergibt sich aus den Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsanordnungen in den §§ 105 ff BGB, die im Zusammenhang

375) Vgl. hierzu im einzelnen unten S. 147 ff.

mit der dadurch hervorgerufenen Rückabwicklung eines durch den Geschäftsgegner bereits erfüllten Vertrages nach den Bereicherungsregeln diesem die Gefahr des Fehlens oder des Wegfalls der Bereicherung auferlegen³⁷⁶⁾.

Aus den angestellten Erwägungen ist im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des nicht voll Geschäftsfähigen die Verwirklichung seines Schutzes in dem erforderlichen Umfang auch zum Nachteile des Arbeitgebers zu bejahen. Die Bedenken, die oben mit Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers gegen die Maßgeblichkeit des sozialrechtlichen Schutzprinzips für die nach §§ 104 ff BGB mangelhaften Arbeitsverhältnisse mit nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmern erhoben wurden, greifen sonach nicht durch.

Aus den Wertungen des Gesetzes im Arbeitsrecht - bei nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmern aus der gleichzeitigen Heranziehung des gesetzlich zu seinen Gunsten begründeten Schutzgedankens - ergibt sich nach alledem, daß aus einem auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhenden Arbeitsverhältnis für den Zeitraum seiner Verwirklichung dem Arbeitnehmer die gleiche Rechtsstellung erwächst wie aus einem wirksam begründeten. Die gesetzlichen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsanordnungen werden in ihren Folgen insoweit eingeschränkt³⁷⁷⁾.

376) Vgl. die Entscheidungen des LG Münster in NJW 1964 S. 51 und des OLG Hamm in NJW 1966 S. 2357 f. Es zeigt sich ferner im Zusammenhang mit dem Abstraktionsprinzip; der beschränkt Geschäftsfähige erwirbt trotz Fehlens der causa wirksam Eigentum, seinem Geschäftsgegner bleiben die unsicherer Ansprüche aus §§ 812 ff BGB; die Grundsätze der Saldotheorie finden in derartigen Verhältnissen zu Lasten des nicht Geschäftsfähigen keine Anwendung (s. Flume: Das Rechtsgeschäft S. 205; vgl. ferner Staudinger-Coing, Anm. 13 zu § 105, 5 zu § 106).

377) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Nikisch Bd. I S. 218 f; ferner die oben in Anm. 169 Genannten.

2.35 Gegen eine solche Lösung hat Canaris vorgebracht, daß sie die Vertragsrechtsordnung in Frage stelle, obwohl eine sinnvolle Fortbildung des geltenden Rechts es nicht erfordere ³⁷⁸⁾. Die gesetzliche Regelung der Abwicklung nicht wirksamer, aber vollzogener Arbeitsverträge sei zwar lückenhaft, weil die §§ 812 ff BGB typologisch nicht auf Arbeitsverhältnisse passen würden ³⁷⁹⁾. Zur Ausfüllung dieser Lücke genüge es aber, dem Arbeitnehmer einen von den Bereicherungsregeln abweichenden Ausgleichsanspruch eigener Art zu gewähren, der sich auf den üblichen oder angemessenen Lohn richte ³⁸⁰⁾. Im Hinblick auf weitergehende Pflichten des Arbeitgebers bedarf es nach Auffassung von Canaris einer Begründung vertraglicher Wirkungen deshalb nicht, weil sie sich sämtlich aus dem auch sonst bei nichtigen oder unwirksamen Verträgen bestehenden - hier arbeitsrechtlich konkretisierten - Schutzverhältnis ergäben ³⁸¹⁾.

Diese Konzeption führt aber nicht zu dem als interessegemäß empfundenen und im Ergebnis auch von Canaris erstrebten Ziel. Er selbst unterscheidet hinsichtlich der Haftung zwischen Nebenleistungs- und Schutzpflichten. Nur letztere entstehen aus dem auch bei unwirksamem Vertrag begründeten Schutzverhältnis ³⁸²⁾. Bei ihnen handelt es sich um Obhuts- und Fürsorgepflichten gegenüber Vermögen und Person des Partners. Ausgeschlossen sind die Nebenleistungspflichten, die unmittelbar oder mittelbar der dem Vertragszweck entsprechenden Erbringung und Erhaltung der Hauptleistung dienen ³⁸³⁾.

378) Canaris in BB 1967 S. 165, 170.

379) Canaris a.a.O.

380) Canaris a.a.O.

381) Canaris a.a.O. S. 169 sowie in JZ 1965 S. 475, 480.

382) Canaris in JZ 1965 S. 475, 477, zum Schutzverhältnis insbesondere S. 480 ff.

383) Canaris in JZ 1965 S. 477.

Ein Teil der arbeitsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflichten läßt sich in die erstgenannte Kategorie aber nicht einordnen. Sie sind typologisch anders als die üblichen Erhaltungs- und Schutzpflichten. Man denke etwa an die in §§ 616, 617 BGB, 62 HGB geregelten Tatbestände; sie lassen sich mit den Rechtsbeziehungen aus dem Schutzverhältnis nicht erklären ³⁸⁴⁾.

Ferner gibt es im Rahmen der Erfüllung des Arbeitsvertrages Pflichten, die nach der von Canaris gezogenen Abgrenzung in den Bereich der Nebenleistungspflichten fallen. Bei wirksamem Arbeitsvertrag müßte der Arbeitnehmer für ihre Verletzung haften, bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages dagegen nicht ³⁸⁵⁾. Gewährt man unabhängig davon gleichwohl einen angemessenen Ausgleichsanspruch in Höhe des üblichen Lohnes ³⁸⁶⁾, so geht man zu Unrecht in der Begründung der Rechte des Arbeitnehmers noch weiter als bei der von Canaris für bedenklich erachteten Restriktion der Nichtigkeitsfolgen.

Aus diesen Gründen wird die von Canaris vorgeschlagene Korrektur der gesetzlichen Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsfolgen den Interessen der Parteien weniger gerecht als die Beschränkung der Vertragsmängel auf eine Zukunftswirkung. Deshalb ist die Restriktion der gesetzlichen Regelung vorzuziehen.

2.4 Der Lösungsversuch Ramm.

Bevor im einzelnen auf die Ausgestaltung der Rechte des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers eingegangen werden kann, ist zu der von Ramm entwickelten Auffas-

384) Vgl. oben S. 35 f.

385) Um eine Nebenleistungspflicht würde es sich beispielsweise bei einem Wettbewerbsverbot nach § 60 Abs. 1 HGB handeln; zur unterschiedlichen Behandlung der entsprechenden allgemeinen vertragsrechtlichen Fälle vgl. Canaris a.a.O. S. 477.

386) So mangels einer entsprechenden Einschränkung offenbar Canaris in BB 1967 S. 165, 170.

sung vom Arbeitsverhältnis und den sich aus ihr für Fälle der vorliegenden Art ergebenden Folgen Stellung zu nehmen ³⁸⁷⁾. Wenn auch Ramm seine Lehre primär im Zusammenhang mit den Folgen eines durch Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtigen Arbeitsvertrages entwickelt hat, so ist sie doch auf den gesamten Bereich mangelhaft begründeter Arbeitsverhältnisse bezogen ³⁸⁸⁾.

Von der Vertragstheorie ausgehend sieht Ramm den entscheidenden Ansatzpunkt für die Lösung der bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auftretenden Schwierigkeiten in der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, die zu einer weitgehenden Einschränkung der Privatautonomie der Vertragsbeteiligten geführt habe ³⁸⁹⁾. Besonders deutlich zeige sie sich im Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen sowie in der Möglichkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen. Dasselbe gelte auch im Anwendungsbereich der §§ 4 Abs. 3 TarifvertragsG, 59 Betriebsverfassungsg. Die Freiheit der Lohngestaltung werde ferner bei Vergleichbarkeit der Arbeitsleistungen durch lohnbezogene Länderverfassungsbestimmungen i.S. einer gebotenen Gleichbehandlung begrenzt ³⁹⁰⁾. Schließlich ergäben sich über das Gleichbehandlungsgebot hinaus noch weitere verfassungsrechtliche Schranken für die privatautonome Lohnvereinbarung, welche i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu einem sozialen Grundrecht des Arbeitnehmers und seiner Familie auf das Existenzminimum führen würden, dessen untere Grenze den Lohnpfän-

387) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 30 ff; vgl. zum folgenden auch dens. in AuR 1963 S. 97, 103 ff.

388) Ramm a.a.O. S. 41.

389) Ramm a.a.O. S. 29, 30, 46.

390) S. deren Aufzählung bei Ramm a.a.O. S. 31, die Folgerungen hieraus auf S. 32 f.

dungsvorschriften zu entnehmen sei ³⁹¹⁾.

Dem Gegenstand und dem Wirkungsgrad dieser Bestimmungen entnimmt Ramm, daß im Arbeitsverhältnis drei Bereiche enthalten seien: Den Kern bildet das Grundarbeitsverhältnis, das im wesentlichen vom sozialen Grundrecht auf das Existenzminimum getragen wird. Hierum lagert sich eine zweite Gruppe zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften, die den Schutz der Arbeitnehmer ergänzen (TarifvertragsG, BetriebsverfassungsgG sowie die landesrechtlichen Verfassungsbestimmungen). Den dritten Bestandteil bilden die privatautonom vereinbarten Arbeitsbedingungen ³⁹²⁾.

Das Anfechtungsrecht als Ausfluß der Privatautonomie kann nach Ramm nur in den letztgenannten Bereich hineinwirken; die von zwingenden Vorschriften beherrschten Teile sollen nicht ex tunc, sondern nur ex nunc beeinflußt werden ³⁹³⁾. Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für die sonstigen Fälle der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ³⁹⁴⁾. Danach bleibt in jedem Fall wegen des hierauf gerichteten sozialen Grundrechts der Anspruch des Arbeitnehmers auf das Existenzminimum erhalten ³⁹⁵⁾. Darüber hinaus behält der tarifgebundene Arbeitnehmer seinen tarifmäßigen Lohnanspruch ³⁹⁶⁾. Für den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer führt das in dem Recht auf Leistungslohn sowie in sonstigen tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen enthaltene Gleichbehandlungsgebot bei "nicht persönlichkeitsgebundener" (d.h. typisierter, mechanisierter, von jeder Bindung an den Arbeitnehmer als besonderen Einzelnen gelöster)

391) Ramm a.a.O. S. 33 ff mit Aufführung der Verfassungsnormen (S. 34).

392) Ramm a.a.O. S. 38, 39 f.

393) Ramm a.a.O. S. 38.

394) Ramm a.a.O. S. 41.

395) Ramm a.a.O. S. 39.

396) Ramm a.a.O. S. 31, 38.

Arbeitsleistung wegen der so gegebenen sachlichen Vergleichbarkeit zu einem Anspruch auf den üblichen Lohn³⁹⁷⁾. Bei "persönlichkeitsgebundener" (d.h. mehr oder weniger durch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers charakterisierter) Arbeitsleistung fehlt der sachlich orientierte Vergleichsmaßstab; hier kann für den über das Existenzminimum hinausgehenden Bereich grundsätzlich nur eine "Entlohnung" nach §§ 812 ff BGB gefordert werden³⁹⁸⁾.

Ist der Arbeitnehmer geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so erfordert der den einschlägigen Vorschriften des BGB zugrunde liegende Schutzgedanke die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages auch für die Vergangenheit. Jedoch soll in jedem Fall ein dem hierauf gerichteten sozialen Grundrecht entspringender Anspruch des Arbeitnehmers auf das Existenzminimum bestehen bleiben. Bei nicht persönlichkeitsgebundener Arbeitsleistung soll ferner aus dem Gleichbehandlungsgebot ein Anspruch auf den tariflichen oder üblichen Lohn entstehen. Für den darüber hinausgehenden Bereich, außerdem bei persönlichkeitsgebundener Arbeitsleistung und schließlich bei nicht persönlichkeitsgebundener Arbeit, die unter schadensstiftenden Verstößen gegen den Arbeitsvertrag erbracht wurde, sollen lediglich die Bereicherungsregeln Anwendung finden³⁹⁹⁾.

Die von Ramm gegebene Begründung überzeugt nicht. Auch erscheinen die von ihm entwickelten Ergebnisse teilweise wenig sachgerecht.

Ein auf den Länderverfassungen beruhendes Grundrecht des Arbeitnehmers auf das Existenzminimum läßt sich nicht begründen, und zwar auch nicht im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Die letztgenannte Vorschrift,

397) Ramm a.a.O. S. 32 f, 38.

398) Ramm a.a.O. S. 33, 38.

399) Ramm a.a.O. S. 42 f.

die das Recht des Einzelnen auf Leben und körperliche Unversehrtheit gewährleistet, ist schon deshalb nicht anzuwenden, weil sie lediglich ein Abwehrrecht schafft, nicht aber ein Grundrecht auf Versorgung⁴⁰⁰⁾. Die herangezogenen Bestimmungen der Länderverfassungen enthalten keine Grundrechte, sondern primär an die Gesetzgebung gerichtete Programmsätze⁴⁰¹⁾. Darüber hinaus ist wohl anzunehmen, daß sie sich an der gegebenen Vertragsrechtsordnung orientieren und demnach nur innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses zum Tragen kommen können. Das gleiche gilt, soweit Ramm sich zur Begründung des sozialen Grundrechts auf das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen beruft. Diesem wie der Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Normen läßt sich wohl ein besonders weitgehender Schutz des Arbeitnehmers entnehmen, was i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip als Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsatz zur Modifizierung der Anwendung bürgerlichrechtlicher Normen führen kann. Die Begründung eines sozialen Grundrechts auf das Existenzminimum, das auch sonst in den Verfassungen keinen Ausdruck gefunden hat, ist mit ihrer Hilfe nicht möglich⁴⁰²⁾.

Auch die Gründe, mit denen Ramm einen zweiten, um den sozialen Kern gelagerten und der Privatautonomie entzogenen Bereich des Arbeitsverhältnisses annimmt, sind abzulehnen. Die von ihm hierzu angeführten Vorschriften des Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrechts beschränken zwar die Gestaltungsfreiheit der Beteilig-

400) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Anm. V 4 zu Art. 2 GG; BVerfGE Bd. 1 S. 104, 105 mit einer Erläuterung der Grundlagen dieser Vorschrift.

401) Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 46 f; zu Art. 24 Abs. 1 Verf. NRW vgl. Geller-Kleinrahm-Fleck, Anm. 5 zu Art. 24.

402) So mit weiterer Begründung Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 46 f; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 79; dagegen wiederum Ramm in AuR 1963 S. 103 Anm. 60.

ten, regeln aber nicht die Frage, ob überhaupt arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten entstehen. Die gesetzlichen Bestimmungen setzen sonach streng genommen ein wirksam begründetes Arbeitsverhältnis voraus, um dessen Zustandekommen es hier gerade geht 403). Wenn nach wohl einhelliger Auffassung die tariflichen Normen auch auf das fehlerhafte Arbeitsverhältnis Anwendung finden 404), so liegt das daran, daß aus anderen als den hier behandelten Gründen Ramm zunächst eine Gleichstellung des unwirksamen und des wirksamen Arbeitsvertrages bejaht worden ist. Bedenklich ist ferner die Begründung, mit der Ramm einen Anspruch des nicht tarifgebundenen Arbeitnehmers auf den üblichen Lohn annimmt. Über die Grenzen des Lohngleichheitssatzes mögen im einzelnen verschiedene Ansichten bestehen 405); das in ihm enthaltene Willkürverbot schließt es nicht aus, eine äußerlich unterschiedliche Behandlung auf das Fehlen eines wirksamen Arbeitsvertrages zu stützen, wenn man - wie Ramm - der Ansicht ist, daß Lohnansprüche nur aus dem Arbeitsvertrag hervorgehen können 406). Nach alledem folgt nicht schon aus den tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Nor-

403) Siebert a.a.O. S. 80; G. Hueck in RdA 1956 S. 156.

404) Vgl. statt aller Hueck-Nipperdey-Tophoven-Stahlhacke, Anm. 8 ff zu § 4 TarifvertragsG; Nikisch Bd. I S. 219, jeweils mit weiteren Nachw.

405) Sehr einschränkend Bötticher in RdA 1953 S. 165; weitgehend BAG in NJW 1961 S. 1942 f sowie 1962 S. 222; vgl. ferner Frey in Das Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 3 S. 41 ff, 54 f.

406) Daß sich auch der Gleichbehandlungsgrundsatz an der bestehenden Rechtsordnung orientiert und aus ihr Kriterien für die Feststellung sachlicher Gründe für ungleiche Entlohnung entnimmt, zeigt sich deutlich in der Zulässigkeit einer niedrigeren Lohnzahlung an nicht tarifgebundene Arbeitnehmer (s. Bötticher a.a.O.; ferner Frey a.a.O. S. 53 zum Prioritätsverhältnis von Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit mit Angaben in Anm. 89, 90).

men sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, daß in dem durch sie geregelten Bereich des Arbeitsverhältnisses Rechte und Pflichten unabhängig vom wirksamen Vertragsschluß entstehen.

Ferner sind die Ergebnisse, zu denen Ramm gelangt, teilweise höchst unbefriedigend. Die von ihm geforderte ungleiche Behandlung der Fälle "entpersönlichter" und "persönlichkeitsgebundener" Arbeitsleistungen ist nicht sachgemäß; sie müßte sogar - gemessen an dem von Ramm hervorgehobenen Lohngleichheitsgebot - als willkürlich bezeichnet werden. Sie läßt sich auch nicht mit dem hier für zutreffend erachteten Ausgangspunkt seiner Lehre, der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, vereinbaren, die keinen Unterschied nach der Art der Arbeitsleistung zuläßt⁴⁰⁷⁾.

Abgesehen von der Entgeltfrage führt Ramms Ansicht zu nicht sachgerechten Folgen auch für die sonstige Rechts- und Pflichtenstellung der Beteiligten. Der Arbeitsvertrag soll im Rahmen der zwingend normierten Mindestbedingungen in der Vergangenheit erhalten bleiben, allerdings unter Berücksichtigung der in der Nichtigkeit begründeten rückwirkenden Veränderung der Rechtsstellung beider Parteien⁴⁰⁸⁾. In welchem Maß Fürsorge- und Treuepflichten jeweils zu modifizieren sind, wenn Tariflohn, üblicher Lohn, Bereicherungsanspruch oder nur das Existenzminimum gewährt zu werden brauchen, ist fraglich. Es wäre wohl kaum interessegemäß, wenn der Arbeitnehmer mit Anspruch auf nur das Existenz-

407) Zur Unbilligkeit der Ergebnisse Ramms vgl. ferner Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 54; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 80; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 185 Anm. 4. Die Gegendarstellung Ramms in AuR 1963 S. 105, überzeugt nicht. Die Möglichkeiten ungerechtfertigter Benachteiligungen bestimmter Arbeitnehmer bleiben -wenn auch vielleicht quantitativ beschränkt- bestehen.

408) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 38.

minimum alle vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten haben soll, zumal er bei persönlichkeitsgebundener Arbeit eine verantwortungsvolle Stellung inne hat. Andererseits wäre es keinesfalls gerechtfertigt, ihn von allen vertraglichen Pflichten freizustellen, da er immerhin gegen Entgelt gearbeitet hat. Unabhängig davon fragt es sich aber auch grundsätzlich, wie das Fortbestehen vertraglicher Rechte und Pflichten begründet werden soll, wenn lediglich die Lohnmindestbedingungen von den Nichtigkeitsanordnungen unberührt bleiben, der restliche Teil des Arbeitsvertrages - und damit auch der vereinbarte Inhalt der Arbeitnehmerleistung - von ihnen jedoch erfaßt wird.

Der Lösungsversuch Ramms ist daher teils wegen seiner Grundlagen, teils seiner Ergebnisse wegen, mit Recht abgelehnt worden ⁴⁰⁹⁾.

3. Die Wirkungen der Restriktion der Nichtigkeitsanordnungen.

Die sich bei einer Restriktion der §§ 104 ff BGB zugunsten des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmers ergebende Rechtsposition ist grundsätzlich die gleiche, wie die, welche aus einem wirksamen Arbeitsvertrag folgen würde. Der Arbeitnehmer hat sonach einen vertraglichen Lohnanspruch in der vereinbarten Höhe sowie einen Anspruch auf alle im Gesetz oder der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründeten Leistungen (etwa Urlaubsgewährung, Lohnfortzahlung nach § 616 BGB, Gratifikationsleistungen, Schutz der eingebrachten Sachen des Arbeitnehmers) ⁴¹⁰⁾.

409) Vgl. außer den in Anm. 402, 407 Genannten Hilger in BB 1956 S. 216; Schnorr v. Carolisfeld in AcP Bd. 156 S. 467; G. Hueck in RdA 1956 S. 156.

410) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Nikisch Bd. I S. 218 ff; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 1 - 2 a; s. ferner die in Anm. 169 Genannten.

Die Geltung dieses Grundsatzes bedarf bezüglich einzelner Fallgruppen noch einer Prüfung und gegebenenfalls einer Einschränkung. Hierbei handelt es sich einmal um die Vereinbarung von Lohn- und sonstigen Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag, ferner um die Geltung von Ausschlussklauseln und schließlich um die Stellung des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber nach §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung des nicht wirksamen Vertrages berechtigt ist und sein Anfechtungsrecht ausübt.

- 3.1 Die "vertraglichen" Bedingungen können wegen der Schutzbedürftigkeit des nicht voll Geschäftsfähigen nur mit Einschränkungen maßgeblich sein. Denkbar ist, daß der Arbeitnehmer gegenüber dem "Normalfall" nachteilige Lohn- oder Urlaubsvereinbarungen getroffen hat. Möglicherweise hat gerade deshalb sein gesetzlicher Vertreter sich geweigert, den Vertrag namens des Arbeitnehmers abzuschließen oder seine Zustimmung zu erklären. Hier kommen mehrere Fallgruppen in Betracht.

Weicht die Lohnabrede bei Tarifgebundenheit der Vertragsparteien zum Nachteil des Arbeitgebers vom tariflichen Mindestentgelt ab, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Hier besteht zugunsten des Arbeitnehmers nach § 4 Abs. 1 TarifvertragsG ein Lohnanspruch in der tariflichen Höhe ⁴¹¹⁾. Die gleiche Folge tritt bei Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages ein.

Schwieriger ist eine Regelung für den Fall zu finden, daß eine tarifliche Bestimmung nicht gilt und das vereinbarte Entgelt den üblichen Lohn unterschreitet. Die rechtlich zulässige untere Grenze wird in jedem Fall durch die Nichtigkeit einer wucherischen oder nach

411) Hueck-Nipperdey-Tophoven-Stahlhacke, Anm. 92 zu § 4 TarifvertragsG; dazu, daß § 4 trotz Fehlens eines wirksamen Arbeitsvertrages Anwendung findet, vgl. die Vorgenannten a.a.O. Anm. 8 ff; ferner Nikisch Bd. I S. 219.

§ 138 Abs. 1 BGB sittenwidrigen Lohnabrede gebildet⁴¹²⁾. Sind die Voraussetzungen dieser Tatbestände erfüllt, so tritt an Stelle des vereinbarten der für die in Betracht kommende Arbeitnehmergruppe übliche Lohn⁴¹³⁾. Häufiger wird es sich so verhalten, daß die Lohnvereinbarung den Maßstäben des § 138 BGB genügt, aber nicht die übliche Höhe erreicht. Hier läßt sich eine sachgerechte Lösung nur unter Anwendung des Schutzgedankens zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen finden. Der Schutz des Geschäftsunfähigen und des beschränkt Geschäftsfähigen knüpft daran an, daß sie ihre eigenen Belange grundsätzlich nicht interesselgemäß wahrnehmen können. Daher ist die Vereinbarung eines niedrigeren als des üblichen Lohnes auf dieses Unvermögen zurückzuführen. Die mit den Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit bezweckte Verhinderung wirtschaftlicher Nachteile durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen erfordert die Unwirksamkeit einer derartigen Lohnabsprache; sie gestattet ferner deren Korrektur zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen. Statt des vereinbarten besteht auch hier der übliche Lohnanspruch⁴¹⁴⁾.

Entsprechend verhält es sich mit der Geltung von Urlaubsvereinbarungen der Vertragsparteien⁴¹⁵⁾. Bei Tarifgebundenheit der Parteien besteht ein Urlaubsanspruch zumindest in dem tarifvertraglich festgesetzten

412) Vgl. hierzu Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 195 f; Nikisch Bd. I S. 190; IAG Frankfurt in AP 51 Nr. 193.

413) BAG in AP Nr. 2 (Bl. 438) zu § 138 BGB; Nikisch a.a.O. S. 192; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 86 f.

414) Vgl. Nikisch Bd. I S. 221; im Ergebnis auch Flume: Das Rechtsgeschäft S. 206.

415) Zum Bestehen eines Urlaubsanspruchs auch bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag vgl. Schelp-Herbst, Anm. 32 zu § 1 BundesurlaubsG; Dersch-Neumann, Anm. 15 zu § 2 BundesurlaubsG.

Umfang. Greifen Tarifregelungen nicht ein, so hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Urlaub in dem gesetzlichen Mindestausmaß gemäß § 3 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 3 BundesurlaubsG (u.U. nach § 19 JugendarbeitsschutzG). Wegen Fehlens einer Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung kann sich allerdings der Urlaubsanspruch nicht auf die Gewährung von Freizeit richten; infolgedessen besteht allein ein Abgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BundesurlaubsG ⁴¹⁶⁾, was aber im Prinzip für die hier zur Behandlung stehende Frage nicht erheblich ist.

- 3.2 Für Ansprüche aus dem in der Vergangenheit verwirklichten Arbeitsverhältnis kann von Bedeutung sein, ob sie unter etwaige Ausschußfristen fallen. Derartige Ausschußfristen beruhen auf Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder dem Einzelarbeitsvertrag. Sie bewirken, daß durch ihren Ablauf die Ansprüche, auf welche sie sich beziehen, untergehen ⁴¹⁷⁾. Die durch Tarifvertrag festgesetzten Ausschußfristen stehen heute im Vordergrund; Tarifverträge ohne Ausschußklausel bilden die Ausnahme ⁴¹⁸⁾.

Da die tarifvertraglichen Inhaltsnormen auch auf Arbeitsverhältnisse mit fehlerhafter Vertragsgrundlage Anwendung finden ⁴¹⁹⁾, regeln sie ebenfalls den Zeitraum, in dem etwaige Ansprüche geltend zu machen sind. Das rechtliche Unvermögen der hier behandelten Arbeitnehmergruppe, für sie nachteilige Vereinbarungen zu treffen, beeinträchtigt die Geltung tariflicher Ausschußfristen nicht. Die Inhaltsnormen des Tarifvertrages entfalten wie zwingendes Gesetzesrecht eine unmittelbare, vom Willen und der Kenntnis der Vertragsparteien

416) S. Schelp-Herbst a.a.O.; Dersch-Neumann a.a.O.

417) D. Gaul: Tarifliche Ausschußfristen S. 44;
Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II S. 450 f.

418) D. Gaul: Tarifliche Ausschußfristen S. 48.

419) Vgl. Anm. 411.

unabhängige Wirkung auf den Inhalt arbeitsvertraglicher Rechte ⁴²⁰⁾. Diese rechtsnormenähnliche Wirkung wird dann aber auch nicht durch den Mangel der Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten beeinträchtigt. Im Ergebnis kann somit der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer schlechter stehen als bei einer Vertragsabwicklung nach Bereicherungsregeln. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aber aus der normativen Wirkung des Tarifvertrages. Daher gelten die tariflichen Ausschußfristen auch in den hier betrachteten Fällen.

Entsprechend ist die Rechtsposition von nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmern, wenn das fehlerhaft begründete Arbeitsverhältnis unter eine Betriebsvereinbarung mit Ausschußfristen fällt ⁴²¹⁾. Die Wirkung der Betriebsvereinbarung ist hinsichtlich der Inhaltsnormen die gleiche wie die eines Tarifvertrages ⁴²²⁾. Sie tritt sonach ebenfalls unabhängig von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ein.

Die angeführten Gründe gelten nicht, wenn eine Ausschußfrist statt auf kollektiven Vereinbarungen auf dem - hier an sich nichtigen oder unwirksamen - Arbeitsvertrag beruht ⁴²³⁾. Hier liegt es nahe, aus dem

420) BAGE Bd. 1 S. 258, 262; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II S. 261 f; Hueck-Nipperdey-Tophoven-Stahlhacke, Anm. 56 zu § 4 TarifvertragsG; Nikisch Bd. II S. 385.

421) Wegen § 4 Abs. 4 S. 3 TarifvertragsG ist eine Ausschußklausel durch Betriebsvereinbarung nur für Ansprüche ohne tarifvertragliche Grundlage möglich (vgl. Nipperdey a.a.O. S. 451, 798; Nikisch Bd. II S. 473, 476).

422) Vgl. Nipperdey a.a.O. S. 778, 795; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Anm. 21 zu § 52 BetriebsverfassungsgG.

423) Die Vereinbarung von Ausschußfristen im Einzelarbeitsvertrag ist zulässig, wenn die betroffenen Ansprüche weder auf Tarif- noch auf Betriebsnormen beruhen (Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II S. 798). Sie ist insbesondere denkbar in Fällen, in denen der Arbeitsvertrag bei Tariffreiheit der Parteien unter Bezugnahme auf einen Tarifvertrag mit einer Ausschußklausel geschlossen wird.

rechtlichen Unvermögen des Arbeitnehmers zu nachteiligen Vereinbarungen generell auch auf die Unverbindlichkeit einer Ausschußfrist zu schließen. Dennoch ist es angebracht, zwischen Vereinbarungen, die eine bereits vorhandene Rechtsposition verschlechtern, und solchen, die ein von vornherein in seinem Bestehen zeitlich beschränktes Recht begründen, zu unterscheiden. Sofern sich der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer nach Abschluß des Arbeitsvertrages, der seine Ansprüche begründet, mit einer Ausschußfrist einverstanden erklärt, verschlechtert er durch ein Rechtsgeschäft eine bereits gegebene Rechtsstellung. Die Abrede ist daher nicht wirksam. Wird dagegen bei Vertragsschluß gleichzeitig mit der Entstehung des Anspruchs dessen Bestand zeitlich begrenzt, so erwirbt der Arbeitnehmer ein von vornherein eingeschränktes Recht. Der Erwerb eines beschränkten Rechts stellt kein rechtlich nachteiliges Geschäft dar ⁴²⁴⁾. Das Fehlen der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers steht daher der einzelvertraglichen Vereinbarung einer Ausschußklausel bei Abschluß des Arbeitsvertrages grundsätzlich nicht entgegen.

Dieser Grundsatz müßte unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen lediglich dann eine Einschränkung erfahren, wenn die Ausschußklausel völlig unüblich oder gegenüber vergleichbaren Fällen extrem kurz wäre. Hier wäre - wie bei den behandelten Lohnvereinbarungen - zu vermuten, daß die Abmachung auf der mangelnden Fähigkeit zur Wahrung der eigenen Interessen beruhte. Ein derartiger Fall würde die Anpassung der Abrede an die übliche Regelung erfordern ⁴²⁵⁾.

424) Vgl. Rechtsprechung und Literatur zum Erwerb von Gegenständen, die mit Rechten Dritter belastet sind; RGZ Bd. 148 S. 321, 324; Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 107; Soergel-Hefermehl, Anm. 3 zu § 107 mit Darstellung des Meinungsstandes.

425) Vgl. Nikisch Bd. I S. 221.

3.3 Neben Mängeln des Arbeitsvertrages nach §§ 104 ff BGB kommt in den hier behandelten Fällen auch seine Nichtigkeit auf Grund einer Anfechtung durch den Arbeitgeber nach § 142 BGB i.V.m. §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB in Betracht. Sehr oft wird der Arbeitgeber sich über die Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers geirrt haben; möglicherweise ist er über die dieser Eigenschaft zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters arglistig getäuscht worden. Besteht hiernach ein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers, so können Anfechtung und Fehlen der Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers als Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsgründe zusammentreffen. Es fragt sich, ob hieraus eine von den bisher ermittelten Ergebnissen abweichende Regelung der Rechte des Arbeitnehmers folgt.

Die aufgeworfene Frage erübrigt sich nicht etwa bereits deshalb, weil die Vernichtung eines Arbeitsvertrages, der schon nach den §§ 105 ff BGB nicht wirksam ist, durch eine Anfechtung nicht mehr herbeigeführt werden könnte. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Normenkonkurrenz ist die Anfechtung auch dann zuzulassen, wenn Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages auf Grund anderer Gesetzesbestimmungen eingetreten sind ⁴²⁶⁾. Das muß erst recht gelten, falls Nichtigkeit und Unwirksamkeit sich - wie hier - nicht unbeschränkt auswirken, sondern für die Vergangenheit ein Rechtsverhältnis bestehen bleibt, aus dem sich mehr als die sonst üblichen Abwicklungsfolgen ergeben ⁴²⁷⁾. Daher sind die Folgen einer Anfechtung des Arbeitsvertrages auf Grund der beiden angeführten Tatbestände auch hier von Bedeu-

426) So heute h.M.; s. Staudinger-Coing, Anm. 60 zu § 119, 15 ff zu § 123 mit eingehender Darstellung des Streitstandes; wohl auch Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 6 zu § 142; Enneccerus-Nipperdey Bd. II § 203 III 7.

427) Vgl. hierzu Erman-Westermann, Anm. 1 a.E. zu § 119.

tung.

Übt der Arbeitgeber sein Anfechtungsrecht aus, so ist bei strikter Anwendung des § 142 Abs. 1 BGB der Arbeitsvertrag von Anfang an nichtig. Das in der Vergangenheit bereits verwirklichte Arbeitsverhältnis müßte nach außervertraglichen Normen abgewickelt werden⁴²⁸⁾. Die dadurch herbeigeführten Ergebnisse werden allgemein wenigstens dann als unbefriedigend empfunden, wenn die Anfechtung wegen eines Irrtums des Arbeitgebers nach § 119 Abs. 2 BGB erfolgt ist. Der Arbeitnehmer würde die wirtschaftlichen Folgen einer für ihn oft nicht einmal erkennbaren falschen Vorstellung des Arbeitgebers tragen müssen. Daher ist nahezu einhellig mit verschiedenen rechtsdogmatischen Begründungen (faktische Vertragsverhältnisse, Eingliederungstheorie, Dauerschuldverhältnisse, personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, sozialrechtliches Schutzprinzip) die Rückwirkung einer Anfechtung nach § 119 BGB abgelehnt worden. Das Arbeitsverhältnis kann hiernach im Ergebnis nur noch für die Zukunft aufgelöst werden, die zunächst begründeten Rechte und Pflichten der Beteiligten bleiben für die Vergangenheit bestehen⁴²⁹⁾. Dieser Ansicht ist

428) Vgl. oben S. 23 ff zur etwa entsprechenden Abwicklung bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit nach §§ 105 ff BGB.

429) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 186 ff mit weiteren Angaben in Anm. 8; Nikisch Bd. I S. 222 ff; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 97 zu § 611; Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 233 ff, 241; Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 68; Bobrowski-Gaul S. 88 f; Kauffmann in DB 1953 S. 21; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 30 f zu § 611; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 91 f; Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 170 ff; im Ergebnis auch Schnorr v. Carolsfeld S. 150; mit Einschränkungen ferner Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 30 ff.

Aus der Rechtsprechung vgl. BAG in AP Nr. 2, 15 zu § 123 BGB; LAG Frankfurt in AP 53 Nr. 105, 54 Nr. 85; LAG Hamm in AP 51 Nr. 1; LAG Bremen in AP 51 Nr. 86; LAG Mannheim in AP 52 Nr. 175; ArbG Bremen in AP Nr. 1 zu § 123 BGB.

A.A. Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestal-

zuzustimmen, und zwar nach hier vertretener Auffassung aus dem bereits zur Einschränkung der Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsfolgen nach §§ 104 ff BGB herausgestellten Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Schutzprinzips ⁴³⁰⁾. Sonach ist, wenn der Arbeitgeber den "Vertrag" mit dem nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmer durch eine Anfechtung aus § 119 Abs. 2 BGB zu Fall bringt, die Rechtsposition der Beteiligten für die Vergangenheit keine andere als ohne Anfechtung. Es ergibt sich keine Änderung der oben festgestellten Ergebnisse.

Ob das gleiche auch für den Fall einer Anfechtung durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung seitens des Arbeitnehmers gelten kann ⁴³¹⁾, ist fraglich. Hier besteht zwar - wie sonst bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages gemäß §§ 105 ff BGB - ein durch die wirtschaftliche Abhängigkeit begründetes Interesse des Arbeitnehmers an der Restriktion der Nichtigkeitsfolgen. Ebenso entspricht es den Belangen des

tung von Dauerrechtsverhältnissen S. 30, 32 ff; Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 91 ff; Molitor: Die Kündigung S. 25 ff (i.S. der h.M. aber in RdA 1955 S. 41 ff), die allerdings über eine arbeitnehmerfreundliche Auslegung des § 818 Abs. 2 BGB sowie die Anwendung der Regeln von culpa in contrahendo zu interessengemäßen Ergebnissen zu kommen versuchen.

430) Mit Recht zieht Farthmann: Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen S. 62 ff, dieses entscheidend mit heran; vgl. auch Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 84 ff, 92; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 398.

431) Zum Tatbestand der arglistigen Täuschung und seiner Einschränkung vgl. BAG in AP Nr. 2 zu § 123 BGB; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 67 ff. Die Vorspiegelung der Volljährigkeit oder der Zustimmungserteilung durch den gesetzlichen Vertreter dürfte angesichts ihrer Bedeutung für die Haftung des Arbeitnehmers in jedem Fall eine im Rahmen des § 123 BGB erhebliche Irreführung des Arbeitgebers sein.

nicht voll Geschäftsfähigen, aus dem verwirklichten Arbeitsverhältnis vertragliche Ansprüche zu haben. Die gesetzliche Regelung in § 123 BGB mißt der Täuschungsfreiheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr aber zum Schutz sowohl des einzelnen als auch der Allgemeinheit besondere Bedeutung bei ⁴³²⁾. § 124 BGB räumt dem Getäuschten für die Anfechtungserklärung eine Überlegungsfrist von einem Jahr ein und läßt die Anfechtbarkeit dreißig Jahre bestehen. Das Gesetz stellt hier das Interesse des Täuschenden an Gewißheit über das Vertragsverhältnis zurück, weil es ihn als nicht schutzwürdig ansieht. Der Täuschende hat ferner für schädigende Folgen seines Verhaltens einzustehen (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB).

Gegenüber dem so von der Rechtsordnung gewerteten Interesse des Getäuschten haben hier die Belange des Arbeitnehmers zurückzutreten. Weder das soziale Schutzprinzip noch der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen rechtfertigen eine abweichende Beurteilung. Sozialer Schutz und Schutz des Handlungsunfähigen - bei letzterem allerdings in den Grenzen der §§ 827 ff BGB - schließen auch sonst im Rahmen des Arbeitsverhältnisses eine Schadensersatzpflicht nicht aus ⁴³³⁾. Sie stellen deshalb keinen Grund dafür dar, daß der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung die nachteiligen gesetzlichen Folgen seines Verhaltens nicht tragen soll ⁴³⁴⁾. Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf Grund einer Anfechtung seitens des Ar-

432) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 38, wo auf die Wahrung des Interesses der Allgemeinheit durch § 263 StGB hingewiesen wird.

433) Vgl. Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 92.

434) Vgl. Ramm a.a.O.; Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 79; s. ferner Schmidt in AuR 1960 S. 49, der bei arglistigem Verhalten des Arbeitnehmers keinen Grund für einen Bestandsschutz feststellen kann.

beitgebers wirkt hier gemäß § 142 Abs. 1 BGB ex tunc⁴³⁵⁾.

Gegen diese Auffassung wird geltend gemacht, die Eigenart des Arbeitsverhältnisses gestatte bei einer Anfechtung nach § 123 BGB ebensowenig wie nach § 119 BGB eine uneingeschränkte Rückwirkung; sie würde zu einer unerwünschten verschiedenartigen Behandlung des Beschäftigungsverhältnisses einerseits in zivilrechtlicher und zum anderen in betriebsverfassungs- sowie sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht führen⁴³⁶⁾. Die Vertreter dieser Ansicht lehnen daher auch hier eine Rückwirkung der Anfechtung ab, räumen dem Arbeitgeber aber gegenüber vertraglichen Ansprüchen des Arbeitnehmers aus dem verwirklichten Arbeitsverhältnis den Einwand der Arglist ein⁴³⁷⁾.

Die Bedenken, die ohne nähere Begründung aus betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten gegen die rückwirkende Nichtigkeit vorgebracht werden⁴³⁸⁾, greifen nicht durch. Die Regeln des Betriebsverfassungsgesetzes stellen auf die tatsächliche Betriebszugehörigkeit ab⁴³⁹⁾.

435) So Ramm a.a.O.; ders. in AuR 1963 S. 207; Schmidt a.a.O.; Wiedemann a.a.O.; Erman-Küchenhoff, Anm. 3 III d C zu § 611; LAG Frankfurt in AP 53 Nr. 105 mit Anm. von Hueck; LAG Düsseldorf in BB 1958 S. 841, allerdings mit der unzutreffenden Begründung, daß in dem entschiedenen Fall Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig seien (hierauf kommt es auch in anderen Fällen nicht an).

436) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 186 Anm. 8; Kauffmann in DB 1953 S. 22; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 97 zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 32 zu § 611; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 92; ArbG Heilbronn in AP Nr. 8 zu § 123 BGB.
Das BAG brauchte in seinen Entscheidungen (AP Nr. 2, 15 zu § 123 BGB) zu der hier behandelten Frage nicht Stellung zu nehmen.

437) Vgl. vorstehende Anm. Kauffmann a.a.O. billigt dem Arbeitgeber ferner ein Einrederecht nach § 853 BGB zu.

438) Hueck a.a.O.; Kauffmann a.a.O.

439) Pitting-Kraegeloh-Auffarth, Anm. 10 zu § 60 Betriebsverfassungsg; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 76; Hueck a.a.O. S. 183 bezüglich der sonstigen Arbeitsrechtsnormen.

Zudem bestehen derartige Bedenken offenbar auch nicht, wenn das Arbeitsverhältnis wegen einer besonders schweren Gesetzesverletzung nichtig ist und daher keine vertraglichen Wirkungen hervorbringt, etwa bei Vereinbarung einer Arbeitsleistung, deren Inhalt gegen die guten Sitten oder ein strafrechtliches Verbot verstößt ⁴⁴⁰⁾. Ebenso ergeben sich keine Schwierigkeiten im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Arbeitsverhältnisses. Es besteht demnach kein zwingendes Bedürfnis für eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen.

Die hier behandelte Ansicht verkennt ferner den Ansatz, von dem aus man dazu gelangt, das an sich nichtige Arbeitsverhältnis als wirksam abzuwickeln. Es handelt sich hierbei - nach der zutreffenden Vertragstheorie - um eine ausnahmsweise vorzunehmende Restriktion der gesetzlichen Nichtigkeitsanordnungen. Wo Anlaß und Grund der Restriktion gegenüber dem Regelfall fehlen bzw. andere gesetzliche Wertungen vorgehen, muß es bei dem Regelfall, wie etwa der rückwirkenden Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB, bleiben. Demgegenüber erscheint es verfehlt, aus der Ausnahmegruppe der "faktischen Arbeitsverhältnisse" auf dem Umweg über den Arglisteinwand weitere Ausnahmefälle auszuklammern, die richtigerweise den nach den einschlägigen BGB-Bestimmungen zu beurteilenden Sachverhalten angehören. Diese Unterscheidung hat nicht nur theoretische Bedeutung ⁴⁴¹⁾. Die Begründung des Arglisteinwandes kann mehr erfordern als der Tatbestand des § 123 BGB ⁴⁴²⁾. Gegenüber einem begründeten Bereiche-

440) Vgl. Hueck a.a.O. S. 191 f; Nikisch a.a.O. S. 217 f.

441) So allerdings Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 186 Anm. 8.

442) Vgl. Kauffmann in DB 1953 S. 22, der von "grob arglistigem Verhalten" spricht; s. ferner Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 93, der eine am Unrechtsgehalt und dem Gegenstand der Täuschung differenzierte Betrachtungsweise empfiehlt.

rungsanspruch des Arbeitnehmers wiederum dürfte richtigerweise der Arglisteinwand nicht durchgreifen ⁴⁴³⁾.

Demnach wirkt sich die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung gemäß § 142 Abs. 1 BGB ohne zeitliche Beschränkung auf das ganze Beschäftigungsverhältnis aus. Die "Lohnansprüche" des Arbeitnehmers bestimmen sich nach §§ 812 ff BGB, insbesondere nach § 818 Abs. 2 BGB ⁴⁴⁴⁾. Auf die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Bereicherungsanspruchs ist bereits hingewiesen worden ⁴⁴⁵⁾.

Man kann auf den Ersparnisgedanken nur zurückgreifen, wenn der Arbeitgeber einen anderen Arbeitnehmer eingestellt hätte. Auch in diesem Fall ist der Arbeitgeber insoweit nicht bereichert, als sich der Arbeitnehmer während der Beschäftigung einarbeiten mußte und keine produktive Arbeit geleistet hat. Die ersetzte Arbeitskraft muß sich nunmehr ebenfalls erst einarbeiten, während sie anderenfalls zum jetzigen Zeitpunkt schon eine produktive, den Aufwand des Einarbeitens lohnende Tätigkeit ausüben würde ⁴⁴⁶⁾. Ferner entfällt eine Bereicherung des Arbeitgebers, wenn und soweit ihm der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Beschäftigung einen Schaden zugefügt hat, für den er bei wirksamem Arbeitsvertrag hätte eintreten müssen; denn in diesem Fall hätte der Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch gegen die ersetzte Arbeitskraft. Läßt sich der Ersparnisgrundsatz nicht anwenden, ist der gemeine Wert der Arbeitsleistung zu ermitteln (§ 818 Abs. 2 BGB). Neben der auf § 812 Abs. 1 BGB gestützten Entgeltforderung be-

443) Vgl. Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 35 zu § 123; BGH in MDR 1960 S. 920.

444) So im Ergebnis größtenteils übereinstimmend die Vertreter beider Ansichten; vgl. oben Anm. 435, 436.

445) Hierzu vgl. oben S. 29 ff.

446) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 8; s. ferner oben S. 30.

stehen gegebenenfalls Ansprüche aus Deliktsrecht, so z.B. bei Gesundheitsschäden des Arbeitnehmers infolge einer Verletzung der Arbeitsschutzvorschriften. Darüber hinaus stehen dem Arbeitnehmer aber keine Rechte, die auf der vertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhen, zu. Sie lassen sich auch nicht teilweise über die Haftungsgrundsätze zum Verschulden bei Vertragsschluß begründen ⁴⁴⁷⁾. Ist der Grund einer derartigen Haftung das Vertrauensverhältnis der Parteien, so ist ein Vertrauensschutz zugunsten dessen zu verneinen, der ein solches Verhältnis durch ein arglistiges Vorgehen herbeigeführt hat.

4. Ergebnis zur Rechtsposition des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers.

Die auf §§ 104 ff BGB beruhende Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zeitigt Folgen nur für die Zukunft. Aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen und des sozialrechtlichen Schutzprinzips stehen dem Arbeitnehmer für die Zeit des Vollzuges des Arbeitsvertrages sämtliche Rechte zu, die sich aus einem wirksam begründeten Arbeitsverhältnis ergeben würden. Maßgeblich ist der Vertragsinhalt, der notwendigenfalls aus dem Schutzgedanken zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen zu korrigieren ist.

Hat der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer wirksam angefochten, so treten die nach dem BGB üblichen Nichtigkeitsfolgen unbeschränkt auch für die Vergangenheit ein; die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erfolgt dann nach außervertraglichen Regeln.

⁴⁴⁷⁾ Vgl. dazu oben S. 33 ff.

IX. Pflichten und Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag.

1. Der Meinungsstand.

Der Gewährung sämtlicher arbeitsvertraglicher Rechte würde es wirtschaftlich entsprechen, wenn der Arbeitnehmer auch alle arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen hätte, was vor allem im Hinblick auf eine schuldhaft Schlechterfüllung der Arbeitspflicht von Bedeutung ist. Man denke etwa an den Fall, daß ein Anwaltsgehilfe es fahrlässig versäumt, fristwahrende Schreiben oder Schriftsätze zur Post zu geben, wodurch sein Arbeitgeber schadensersatzpflichtig wird. Der Arbeitgeber kann hier den Arbeitnehmer allenfalls wegen positiver Forderungsverletzung, nicht aber wegen Delikts in Anspruch nehmen. Eine solche Haftung für die ordentliche Erfüllung der Arbeitspflicht bildet das Korrelat zu den Vertragspflichten des Arbeitgebers. Daraus zieht ein Teil der Lehre für die hier behandelten Fälle die Konsequenz, daß der Arbeitnehmer mit den sich aus §§ 276 Abs. 1 S. 3, 827, 828 BGB ergebenden Einschränkungen für die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten haftet ⁴⁴⁸⁾. Gegen diese Auffassung steht jedoch die vom Gesetz berücksichtigte Schutzbedürftigkeit des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen. Deshalb lehnt die bei weitem überwiegende Meinung eine vertragliche Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers in Fällen der hier behandelten Art ab ⁴⁴⁹⁾.

448) Nikisch Bd. I S. 218 f; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88; Dietz, Anm. 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 406; ders. in JZ 1964 S. 742 Anm. 18; offenbar auch Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 173.

449) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Riezler: Venire contra factum proprium S. 139; Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 2 c; Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 110; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; wohl auch Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32. Vgl. ferner

Im Ergebnis zwischen den beiden Meinungen liegt die Auffassung Ramms. Hiernach hat der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer um der Rechtsgleichheit willen die vollen Vertragspflichten, wenn er auf Grund der jeweils einschlägigen Länderverfassungsnormen im Lohn den Erwachsenen gleichgestellt ist ⁴⁵⁰⁾. In den übrigen Fällen hat er keine vertraglichen Pflichten. Hat er aber gegen den Arbeitsvertrag verstoßen, wofür er aus demselben Grund, der seine Geschäftsunfähigkeit bedingt, oder wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht haftet, so soll ein Lohnanspruch nur in Höhe des Existenzminimums, im übrigen allenfalls wegen einer darüber hinausgehenden Bereicherung des Arbeitgebers, bestehen ⁴⁵¹⁾.

2. Der rechtliche Ausgangspunkt der Entscheidung.

Nach der zu billigenden Vertragstheorie ist bei Feststellung vertraglicher Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers davon auszugehen, daß er ohne Vertragsschluß durch seinen gesetzlichen Vertreter bzw. ohne dessen Zustimmung nicht wirksam verpflichtet werden kann. § 276 Abs. 1 S. 3 BGB schränkt die Verantwortlichkeit für vertragswidriges Handeln im Wege einer Verschuldensmodifizierung ein, setzt aber in jedem Fall eine wirksam begründete Verbindlichkeit voraus ⁴⁵²⁾. Sonach kann die wirksame vertragliche Vereinbarung zur Begründung arbeitsvertraglicher Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers grundsätzlich nicht entbehrt werden.

Haupt in Festschrift für Siber Bd. II S. 31;
LAG Düsseldorf in DB 1962 S. 606.

450) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 43, mit Anführung der Verfassungsnormen in Anm. 92.

451) Ramm a.a.O. S. 42 f.

452) BGHZ Bd. 11 S. 80, 83; Soergel-Reimer Schmidt, Anm. 34 vor § 275, 1 zu § 276; Erman, Anm. 1 zu § 276.

Auch die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen sowie die Eingliederungstheorie dürfen nicht zu einem anderen Ergebnis gelangen. Soweit in der Theorie der faktischen Vertragsverhältnisse die durch die Rechtsordnung festgelegte Fähigkeit zur verbindlichen Selbstgestaltung der Rechtsbeziehungen vorausgesetzt wird ⁴⁵³⁾, knüpft man offenbar auch an die Geschäftsfähigkeit als Erfordernis der Pflichtenbegründung und damit des rechtlichen Haftungsgrundes an. Wird dagegen ohne Berücksichtigung der Geschäftsfähigkeit allein auf Grund der Verwirklichung des nicht wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses für die Vergangenheit dessen völlige Gleichstellung mit einem fehlerfrei begründeten und damit auch die unbeschränkte Pflichtenposition des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bejaht ⁴⁵⁴⁾, ergeben sich nicht zuletzt hieraus Bedenken gegen die Vereinbarkeit sog. faktischer Vertragsverhältnisse mit dem geltenden Recht. Dieser Gesichtspunkt gilt auch für die Eingliederungstheorie, sofern sie die Rechte und Pflichten allein aus dem nicht rechtsgeschäftlichen Vorgang der Einordnung in den Betrieb herleitet ⁴⁵⁵⁾. Ist hingegen auch die Eingliederung ein rechtsgeschäftlicher Vorgang oder nicht ohne Vertragsschluß rechtsbegründend ⁴⁵⁶⁾, so leuchtet ohne weiteres ein, daß vertragliche Pflichten des Arbeitnehmers aus ihr in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich nicht entstehen können.

3. Der Ansatzpunkt der Lösung.

Hinsichtlich der Entstehung vertraglicher Rechte des Arbeitnehmers aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag wurde

453) So Haupt in Festschrift für Siber Bd. II S. 31.

454) Simitis: Die faktischen Vertragsverhältnisse S. 406; ders. in JZ 1964 S. 742 Anm. 18; im Ergebnis auch Betti in Festschrift für H. Lehmann Bd. I S. 253, 267 mit Anm. 50, obwohl er zunächst von der These Haupts ausgeht.

455) Nikisch Bd. I S. 218.

456) Maus: Das Arbeitsverhältnis S. 138 ff; Hessel in AR-Blattei D Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI B II; Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit S. 87 f, 89 f.

für die behandelten Fallgruppen eine Gesetzeslücke bejaht, die sich einmal aus dem Gesichtspunkt des Schutzes nicht voll Geschäftsfähiger, zum anderen aus dem sozialrechtlichen Schutzprinzip ergab. Diese Lücke wurde dadurch ausgefüllt, daß dem Arbeitnehmer alle vertraglichen Rechte zugebilligt wurden. Entsprechend läßt sich eine Lücke dann aber ebenfalls hier feststellen. Wenn nämlich vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem fehlerhaften, aber verwirklichten Arbeitsvertrag weder im Gesetz geregelt noch vom Gesetzgeber gesehen worden sind, so gilt das gleiche für die daraus im Hinblick auf die vertragliche Haftung zu ziehenden Konsequenzen. Auch diese Lücke bedarf der Ausfüllung nach den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Wertungen des Gesetzgebers bzw. den objektiven gesetzlichen Regelungsgesichtspunkten.

4. Die Ausfüllung der Lücke nach den gesetzlichen Wertungen.

Für die Gestaltung der vertraglichen Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers kommen drei Möglichkeiten in Betracht: Er haftet unbeschränkt wie jeder Geschäftsfähige, oder er haftet gar nicht, oder er haftet zwar dem Grunde nach, aber mit bestimmten Begrenzungen nach oben.

Vorweg läßt sich feststellen, daß hier das sozialrechtliche Schutzprinzip insofern nicht von Bedeutung ist, als es der Entstehung arbeitsvertraglicher Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers nicht entgegenwirkt. Der soziale Schutzgedanke ist, wie die Regelung des wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses zeigt, mit den vertraglichen Verpflichtungen des Arbeitnehmers durchaus zu vereinbaren ⁴⁵⁷⁾. Hier ist vielmehr entscheidend, ob die §§ 104 ff BGB eine Begründung von Vertragspflichten zulassen. Daher hat sich

457) Vgl. oben S. 118 f.

die Prüfung auf die Auswirkungen der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers zu beschränken.

4.1 Die volle vertragliche Haftung.

Die volle Vertragshaftung des Arbeitnehmers wird, wenn für sie überhaupt Gründe angegeben werden, aus zwei Gesichtspunkten bejaht. Zum einen setzt man statt der Geschäftsfähigkeit nur eine auf das Arbeitsverhältnis bezogene Urteilsfähigkeit i.S. des erforderlichen Einsichtsvermögens voraus ⁴⁵⁸⁾. Zum anderen ist man der Ansicht, daß der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen durch eine vertragliche Haftung mit den in § 276 Abs. 1 S. 3 BGB aufgeführten Beschränkungen nicht gefährdet wird ⁴⁵⁹⁾.

- 4.11 Eine an den Gegebenheiten des jeweiligen Rechtsgeschäfts orientierte Geschäftsfähigkeit widerspricht dem geltenden Recht. Dieses setzt abstrakte Grenzen, die sich aus dem Lebensalter, der Entmündigung oder medizinisch feststellbaren Kriterien ergeben (vgl. §§ 104, 106, 6 BGB) ⁴⁶⁰⁾. Maßgebender Gesichtspunkt ist das Erfordernis der Rechtssicherheit. Diese Tendenz tritt besonders klar in den Fällen des § 104 Ziff. 1 BGB hervor sowie bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, wo allein das Lebensalter über das Vermögen zur eigenverantwortlichen Rechtsgestaltung entscheidet, ohne daß die konkrete Urteilsfähigkeit des jeweiligen Vertragsschließenden eine Rolle spielt. In Einzelfällen mag der gesetzliche Standpunkt vom Ergebnis her unbillig erscheinen. Er ist de lege lata unangreifbar ⁴⁶¹⁾. Daher

458) So Betti in Festschrift für H. Lehmann Bd. I S. 267 und dortige Anm. 50.

459) Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88; Nikisch Bd. I S. 218; Simitis in JZ 1964 S. 742 Anm. 18.

460) Vgl. Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 104; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 183; BGH in NJW 1953 S. 1342.

461) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190 Anm. 23. Eine andere Frage ist die, ob man für den Abschluß von Arbeitsverträgen die Alterserfordernisse der Geschäftsfähigkeit herabsetzen soll (so der österreichische Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches Teil I § 17 Abs. 3 in RdA 1960 S. 445 ff.: 18 Jahre).

ist eine von Fall zu Fall zu ermittelnde arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit abzulehnen.

- 4.12 Nicht zutreffend ist ferner die Auffassung, nach der dem Schutzzweck der §§ 104 ff BGB schon dadurch genügt sei, daß die - als bestehend angenommene - vertragliche Haftung des Arbeitnehmers durch § 276 Abs. 1 S. 3 BGB beschränkt wird. Es ist durchaus denkbar, daß eine Haftung allein wegen positiver Forderungsverletzung des Arbeitnehmers auch bei den strengeren Verschuldenserfordernissen der genannten Vorschrift zu einer erheblichen Schadensersatzverpflichtung führt, deren Höhe sogar das Arbeitseinkommen übersteigen kann⁴⁶²⁾. Gerade derartige Folgen sind durch den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen zu verhindern; dieser soll durch selbständiges rechtsgeschäftliches Verhalten keinen rechtlichen Nachteil erfahren⁴⁶³⁾. Die unbeschränkte vertragliche Pflichtenstellung des Arbeitnehmers widerspricht daher der vom Gesetz verfolgten Schutzintention. Letztere verbietet eine Ausfüllung der hier gegebenen Lücke i.S. der behandelten Auffassung⁴⁶⁴⁾.

4.2 Die Verneinung jeder vertraglichen Haftung.

Die Auffassung, nach der eine vertragliche Haftung des Arbeitnehmers gänzlich ausgeschlossen ist, trägt dem Schutzgedanken voll Rechnung. Sie scheint daher auf den ersten Blick die allein zulässige Lösung zu bieten. Den-

462) So Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190 Anm. 26.

463) Vgl. zum Minderjährigen etwa Flume: Das Rechtsgeschäft S. 205.

464) Das Argument von Nikisch Bd. I S. 218, wonach der Benutzer einer öffentlichen Anstalt unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit der Anstaltsordnung unterworfen und entsprechend verpflichtet sei - woraus offenbar Parallelen zum Arbeitsverhältnis gezogen werden sollen -, überzeugt nicht. Die zivilrechtlichen Grundsätze der Geschäftsfähigkeit sind vielmehr auch im öffentlich-rechtlichen Verhältnis entsprechend anwendbar (vgl. statt aller Forsthoff: Verwaltungsrecht I. Bd. S. 174 ff mit weiteren Nachw.).

noch bestehen gegen die aus ihr gewonnenen Ergebnisse Bedenken, weil diese unbillig erscheinen und den Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen zu überspannen geeignet sind. Die Billigkeit dieser Lösung müßte man vor allem dann anzweifeln, wenn man mit einem Großteil der Vertreter der Vertragstheorie, die jede vertragliche Haftung verneinen, die Rechtsposition des Arbeitnehmers aus dem Verbot des "venire contra factum proprium" für den Arbeitgeber herleitete ⁴⁶⁵⁾. In gleichem Maß wie der Arbeitgeber, welcher die Erfüllung seiner Pflichten verweigert, würde auch der Arbeitnehmer, der sich trotz Inanspruchnahme sämtlicher vertraglicher Rechte gegenüber einem vertraglichen Schadensersatzanspruch auf das Fehlen seiner Geschäftsfähigkeit beruft, gegen das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens verstoßen ⁴⁶⁶⁾. Auch erfordert der Schutz des nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähigen nicht unbedingt eine völlige Freiheit von vertraglichen Pflichten. Der geschützte Personenkreis soll vor Nachteilen aus rechtsgeschäftlichem Handeln bewahrt werden; die geschilderte Auffassung führt aber dazu, daß er in jedem Fall eine gegenüber der Rechtslage ohne Vertragsschluß bei weitem verbesserte rechtliche und wirtschaftliche Stellung erlangt ⁴⁶⁷⁾.

465) So z.B. Riezler: Venire contra factum proprium S. 139; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 190; Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 110; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611.

466) S. Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag - Lehrverhältnis II J VI 2; vgl. ferner Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 42 f, der in solchen Fällen im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage des Lohnanspruchs diesen ausschließt, wenn und soweit der Arbeitnehmer den Arbeitgeber geschädigt hat und hierfür bei wirksamem Arbeitsvertrag wie andere Arbeitnehmer haften müßte.

467) S. auch die Motive Bd. I S. 133, wo - in anderem Zusammenhang - gesagt wird, im Schutze des Minderjährigen dürfe nicht weiter gegangen werden, als mit der materiellen Gerechtigkeit vertraglich sei.

- 4.4 Die Lösung i.S. einer beschränkten Haftung des Arbeitnehmers.

Der gerade erwähnte Gesichtspunkt dürfte den allein richtigen Ansatz zu einer befriedigenden, mit dem geltenden Recht zu vereinbarenden Lösung bieten. Sind die gesetzlichen Regelungen auf den Zweck gerichtet, rechtliche Nachteile zu verhindern, so kann in Fällen der vorliegenden Art eine Pflichtenstellung aus dem Arbeitsverhältnis bejaht werden, wenn und soweit hieraus Nachteile nicht erwachsen. Die Frage ist lediglich, was als Nachteil anzusehen und wie er zu ermitteln ist.

- 4.5 Wie § 107 BGB zum beschränkt Geschäftsfähigen erkennen läßt, stellt das Gesetz auf die rechtliche Position des geschützten Personenkreises ab; allein die juristische Struktur des Rechtsgeschäfts und die mit ihm erzeugte Rechtsstellung, nicht dagegen der wirtschaftliche Erfolg, geben den Ausschlag für das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und damit für die Wirksamkeit des Vertrages ⁴⁶⁸). Deshalb müßte man grundsätzlich jede vertragliche Haftung - auch in beschränktem Umfang - mangels eines wirksamen Entstehungsgrundes verneinen. Es fragt sich aber, ob nicht dann, wenn das unwirksame Rechtsgeschäft in Vollzug gesetzt worden ist, zur Verhinderung und der dafür erforderlichen Feststellung eines Nachteils für den nicht voll Geschäftsfähigen allein auf seine wirtschaftliche Position abgestellt werden muß, wie sie sich durch die Erfüllung des Arbeitsvertrages ergeben hat. Die an der juristischen Struktur des jeweiligen Rechtsgeschäfts ausgerichtete Rechtsfolgenanordnung i.S. einer Wirksamkeit oder Unwirksamkeit dient letztlich der Verhinderung eines wirtschaftlichen Nachteils für den nicht voll Geschäftsfähigen, weil eine rechtliche Verpflichtung auch stets eine wirtschaftliche Beeinträchtigungsgefahr mit sich

468) Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 107.

bringt. Das zeigt sich auch in der Rückabwicklung unwirksamer, aber erfüllter Verträge nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, die eine Wiederherstellung des ursprünglichen wirtschaftlichen Zustandes bezwecken ⁴⁶⁹⁾. Das Abstellen auf den wirtschaftlichen Nutzen oder Schaden aus dem erfüllten Rechtsgeschäft ist erst recht erforderlich, wenn entgegen den rechtlichen Gegebenheiten die Parteien oder eine von ihnen (wie z.B. im Falle des tatsächlichen Arbeitsverhältnisses) nicht rückgängig zu machende Leistungen erbracht und so einen Zustand herbeigeführt haben, dem mit der bloßen Feststellung, daß sie nicht auf Grund einer wirksamen Verpflichtung erfolgt sind, nicht abzuhelpfen ist.

Hiernach ist es gerechtfertigt, mittels wirtschaftlicher Kriterien zu ermitteln, ob und wann die Erfüllung des unwirksamen Arbeitsvertrages für den nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmer nachteilig wirkt. Die Frage ist demnach dahin zu stellen, wo der wirtschaftliche Nachteil einsetzt, wenn dem Arbeitnehmer für den Zeitraum der Verwirklichung des Arbeitsverhältnisses auch die vertraglichen Pflichten auferlegt werden. Bis zu dieser Grenze sind derartige Pflichten sowie eine Haftung für ihre schuldhaft Verletzung zu bejahen. Dabei kann es auf den Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers nur insoweit ankommen, als der jeweilige Haftungsbestand bestimmte Schuldnerfordernisse enthält. Für die grundsätzliche Möglichkeit einer vertraglichen Haftung ist es jedoch unerheblich ⁴⁷⁰⁾.

- 4.32 Ein Nachteil als Zustand der Verschlechterung setzt eine bestimmte vergleichsfähige Situation voraus. Das

469) Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 364 f.

470) Daß die vorsätzliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten den Tatbestand des § 826 BGB erfüllen kann, ist nicht hier, sondern im Zusammenhang mit der deliktsrechtlichen Behandlung von Schädigungen bedeutsam.

ist in den hier behandelten Fällen die wirtschaftliche Lage, in der sich der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses befindet. Bei ihr soll es bleiben, wenn der gesetzliche Vertreter des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen beim Vertragsschluß nicht mitgewirkt oder zugestimmt hat. Das zeigt sich darin, daß die nach §§ 104 ff BGB unwirksamen Verträge nicht zu erfüllen und die dennoch erbrachten Leistungen gemäß §§ 812 ff BGB zwecks Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zurückzugewähren sind. Der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen erfordert also nur, ihn wirtschaftlich so zu stellen, als ob er den Arbeitsvertrag nicht geschlossen und zu dessen Erfüllung nicht gearbeitet hätte. Dann wäre der Arbeitnehmer zwar keinen arbeitsvertraglichen Pflichten ausgesetzt, hätte aber auch keinen Lohnanspruch erworben. Vermögenszuwachs durch den Lohn sowie sonstige vertragliche Rechte einerseits und Vermögensverminderung durch eine Vertragshaftung andererseits wären nicht eingetreten. Erkennt man aus dem nicht wirksamen Arbeitsvertrag die vertraglichen Rechte zu, so entspricht dem eine vertragliche Pflichtenstellung des Arbeitnehmers, deren Auswirkungen durch seine wirtschaftliche Lage bei Vertragsschluß begrenzt werden. Die einzige Möglichkeit der rechtlichen Gestaltung mit dem Ziel, einen derartigen Zustand herzustellen und so den gesetzlich bezweckten Schutz des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers zu verwirklichen, besteht in der Bejahung seiner arbeitsvertraglichen Haftung dem Grunde nach, aber der Begrenzung ihrer Höhe durch seine wirtschaftliche Situation bei Vertragsschluß.

Diese Haftungsgrenze wird grundsätzlich, d.h. abgesehen von einigen noch zu erörternden Ausnahmen, durch die Summe der Geldansprüche des Arbeitnehmers aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag gebildet. Hat beispielsweise der Arbeitnehmer an Lohn, Prämien und Gratifikationen insgesamt 3.000,- DM bezogen, durch nachlässige Arbeitsleistung aber einen Schaden von 5.000,- DM ver-

ursacht, so stellt sich seine Haftung wegen positiver Forderungsverletzung auf höchstens 3.000,- DM. Der für den nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmer ungünstigste Fall würde also darin bestehen, daß er keinen materiellen Vorteil aus seiner Arbeitsleistung zieht, weil die gegen ihn gerichteten Haftungsansprüche des Arbeitgebers den ziffernmäßigen Wert seiner eigenen Ansprüche erreichen oder überschreiten. Dann hätten weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber per saldo Ansprüche gegeneinander; die wirtschaftliche Situation des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers hätte sich gegenüber der Lage vor Abschluß des Arbeitsvertrages und seinem Vollzug nicht verschlechtert. Auch bei ungünstigster Gestaltung des Vertragsvollzuges wäre das Erfordernis des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen erfüllt.

Bedenken hiergegen könnten damit begründet werden, daß man eine Arbeitsleistung ohne Entgelt für den Arbeitnehmer immer als eine wirtschaftliche Verschlechterung gegenüber seiner Lage vor Vollzug des Arbeitsvertrages ansehen müsse, weil der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft verbraucht habe ⁴⁷¹⁾. Hiernach müßte, damit der vor Vertragsvollzug gegebene Zustand wieder hergestellt wird, der Umfang der Haftung des Arbeitnehmers ferner um den Betrag vermindert werden, den der Arbeitnehmer zur Erneuerung der verbrauchten Arbeitskraft aufwenden mußte (etwa die Kosten der Ernährung oder Erholung). Diese weitergehende Haftungsbeschränkung wäre aber nur gerechtfertigt, wenn und soweit neben dem Aufwand für die Lebensführung des Arbeitnehmers gesonderte Aufwendungen zur Erneuerung seiner Arbeitskraft erforderlich wären. Denn die Kosten der Lebensführung fallen im wesentlichen unabhängig davon an, ob der Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht oder nicht. Neben diesen Kosten läßt sich jedoch ein besonderer Aufwand zur Erneuerung der Arbeitskraft nicht feststellen. Die

471) Hierzu vgl. Stöcker in RdA 1966 S. 125.

erforderliche Lebenshaltung des Arbeitnehmers wird von der Erfüllung des Arbeitsvertrages insoweit nicht entscheidend beeinflußt. Damit entfällt unter diesem Gesichtspunkt die Notwendigkeit einer weiteren Haftungsbegrenzung zugunsten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers.

Aus den angestellten Erwägungen ergibt sich auch, daß die im Ergebnis zwischen den Meinungen vermittelnde Auffassung Ramms, wonach der beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Arbeitnehmer bei Schädigung des Arbeitgebers infolge Vertragsverletzungen in jedem Fall den Anspruch auf das Existenzminimum behält ⁴⁷²⁾, nicht zutrifft. Eine derartige Regelung überschreitet die Grenzen, die das Gesetz mit seinen Nichtigkeitsanordnungen, welche ja der Erhaltung des Zustandes bei Vertragsschluß dienen, dem Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen gesetzt hat. Der Anspruch auf das Existenzminimum ist ferner nicht unter dem Gesichtspunkt des notwendigen Aufwandes zur Erneuerung der Arbeitskraft geboten, weil dieser in dem Aufwand zur Lebenshaltung enthalten ist, welcher prinzipiell auch ohne Arbeitsleistung anfällt. Darüber hinaus lassen sich die für die vorstehenden Sachverhalte im Hinblick auf den Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen gezogenen Folgerungen Ramms nicht mit dem Ergebnis vereinbaren, zu dem er bei Lohngleichheit des Minderjährigen mit Erwachsenen gelangt; hier sollen die Vertragspflichten im vollen Umfang, das heißt mit einer notfalls über den Lohnanspruch hinausgehenden Schadensersatzpflicht, bestehen ⁴⁷³⁾.

Gestatten sonach die gesetzlichen Wertungen der §§ 105 ff BGB grundsätzlich eine vertragliche Haftung des

472) Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 42 f.

473) Ramm a.a.O. S. 43. Zur hier vertretenen Ablehnung einer unbeschränkten vertraglichen Haftung des Arbeitnehmers s. oben S. 148 f.

nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bis zur Höhe seiner vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag, so ist doch für zwei Sachverhaltsgruppen eine weitergehende Haftungsbeschränkung zu erwägen.

Der Arbeitnehmer kann zur Erfüllung seiner vermeintlichen Arbeitspflicht Aufwendungen gemacht haben. In Betracht kommen hier etwa Kosten der Fahrt zur Arbeitsstelle, der Verschleiß von Arbeitskleidung, die durch eine doppelte Haushaltsführung bei auswärtiger Arbeit entstandenen Mehrkosten und vorgeleistete Dienstreisekosten. Würde man einen Anspruch auf die Erstattung dieser Kosten - unabhängig von der Haftung des Arbeitnehmers - nicht sicherstellen, würde er im Vergleich zum Fall der Nichterfüllung des Arbeitsvertrages eine Vermögensminderung erfahren. Der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen erfordert daher, daß der Haftungsbeitrag um die hier genannten Aufwendungen vermindert wird.

Es kann ferner eintreten, daß der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer seinen Lohn ganz oder teilweise schon erhalten hat und der Arbeitgeber nunmehr Ansprüche gegen ihn aus der Verletzung vertraglicher Pflichten geltend macht. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Arbeitnehmer möglicherweise den Lohn vollständig bzw. zum Teil bereits ausgegeben. In einem solchen Fall seine vertragliche Haftung bis zur Höhe aller seiner - d.h. der bereits befriedigten wie der noch zu erfüllenden - Ansprüche gegen den Arbeitgeber zuzulassen, ist bedenklich. Der bereits gezahlte Lohn ist vielleicht nutzlos ausgegeben; er befindet sich nicht mehr im Vermögen des Arbeitnehmers, ohne daß an seine Stelle entsprechende Vermögenswerte getreten sind. Die Folge wäre, daß den nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmer eine Verbindlichkeit trifft, die er mit seinem aus der Arbeitsleistung erwachsenen Vermögen oder dessen Äquivalent nicht mehr erfüllen kann. So würde wiederum ein Zustand herbeigeführt, der durch die in §§ 105 ff BGB getroffenen Regelungen verhindert werden sollte. Die Verwirklichung

des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen gebietet auch hier zu gewährleisten, daß eine Verschlechterung gegenüber der wirtschaftlichen Ausgangssituation vor dem Vertragsvollzug nicht eintritt. Wie dieser ursprüngliche Zustand nach bereits vollzogenem Leistungsaustausch wieder herbeizuführen ist, ergibt sich aus den Grundsätzen des Bereicherungsrechts⁴⁷⁴⁾. Dabei kommt dem Gesichtspunkt, daß der Bereicherungsempfänger gegenüber dem Zeitpunkt vor der Zuwendungsannahme nicht schlechter gestellt werden soll, besondere Bedeutung zu; er haftet nach § 818 Abs. 3 BGB nur insoweit, als er noch bereichert ist. Diesen Weg zur Vermeidung eines Nachteils des Leistungsempfängers bei Erfüllung eines nicht wirksamen Vertrages sieht das Gesetz auch für den nicht voll Geschäftsfähigen vor⁴⁷⁵⁾. Der beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Arbeitnehmer darf also, soll nicht der durch die §§ 105 ff BGB gewährleistete Schutz vereitelt werden, nicht mit Haftungsverbindlichkeiten belastet werden, die ihn gegenüber seiner Position bei einer Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses nach Bereicherungsrecht schlechter stellen. Daher ist erforderlich, daß seine vertragliche Haftung in dem Umfang seiner bereits befriedigten Ansprüche aus dem Vollzug des Arbeitsvertrages entsprechend § 818 Abs. 3 BGB beschränkt wird⁴⁷⁶⁾. Insoweit sind auch die §§ 818 Abs. 4, 819 BGB entsprechend anwendbar. Hier tritt die volle Haftung bei Kenntnis des gesetzlichen Vertreters vom Empfang des Lohnes und von der Haftbarkeit des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers ein; die Kenntnis des nicht

474) Vgl. Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 364 f.

475) Zur Leistungsrückgewähr bei den nach §§ 105 ff BGB nichtigen Verträgen vgl. Staudinger-Coing, Anm. 13 zu § 105, Anm. 5 zu § 108.

476) Zum Bereicherungswegfall s. etwa Staudinger-Seufert, Anm. 28 ff zu § 818; Larenz a.a.O. S. 393.

voll Geschäftsfähigen selbst ist bedeutungslos 477).

Soweit der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber haftet, kann dieser mit seinen Ersatzansprüchen gegen die Forderungen des Arbeitnehmers aufrechnen. Die Aufrechnungsmöglichkeit wird aber durch § 394 S. 1 BGB auf den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens beschränkt; den unpfändbaren Teil muß der Arbeitgeber trotz seines Ersatzanspruchs auszahlen. Damit der ausgezahlte Teil im Hinblick auf den hier entsprechend anwendbaren § 818 Abs. 3 BGB nicht den Umfang der Haftung des Arbeitnehmers mindert, muß der Arbeitgeber dessen gesetzlichen Vertreter von der Auszahlung und seinem Haftungsanspruch in Kenntnis setzen. Alsdann ist entsprechend §§ 818 Abs. 4, 819 BGB die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Als Ergebnis der hier vertretenen Ansicht ist festzustellen:

Der beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Arbeitnehmer, der aus dem nicht wirksam begründeten, aber verwirklichten Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglichen Ansprüche hat, haftet auch vertraglich für die Erfüllung seiner Pflichten. Diese Haftung beschränkt sich der Höhe nach jedoch auf die Summe seiner Ansprüche aus eben diesem Arbeitsverhältnis abzüglich seiner Aufwendungen zur Erfüllung des Arbeitsvertrages. Soweit sich die Haftung auf die bereits befriedigten Ansprüche des Arbeitnehmers erstreckt, ist sie unter den Voraussetzungen des entsprechend anwendbaren § 818 Abs. 3 BGB zusätzlich der Höhe nach begrenzt. Diese letztere Möglichkeit wird jedoch durch §§ 818 Abs. 4, 819 BGB eingeengt.

477) So mit Recht unter Hinweis auf den sonst umgangenen Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen bei der Leistungskondiktion Larenz a.a.O. S. 396 mit weiteren Nachw.; Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 107; Pawlowski in JuS 1967 S. 302, 305 f; RGZ Bd. 93 S. 227, 230.
A.A. Enneccerus-Nipperdey Bd. II § 151 Anm. 7 mit Nachw.; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 193.

- 4.33 Das so gewonnene Ergebnis vermeidet einerseits eine von den Vertretern der unbeschränkten Vertragshaftung in Kauf genommene Gefährdung des Vermögens des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers auf Grund eigenen rechtsgeschäftlichen Handelns; zum anderen beseitigt es eine ungerechtfertigte, über den Schutzgedanken der §§ 104 ff BGB hinausgehende Bevorzugung seiner Interessen gegenüber den Belangen des Arbeitgebers.

Im übrigen - d.h. abgesehen von der Beschränkung des Umfangs etwaiger vertraglicher Schadensersatzansprüche - bestehen keine Besonderheiten gegenüber wirksam begründeten Arbeitsverhältnissen. Die Verschuldenserfordernisse ergeben sich aus § 276 Abs. 1 S. 3 i.V.m. §§ 827, 828 BGB. Es gelten ferner die Grundsätze der Haftungsbeschränkung, wie sie von Lehre und Rechtsprechung zum sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich entwickelt worden sind ⁴⁷⁸⁾. Die spezifischen Merkmale des Arbeitsverhältnisses, mit denen man eine Begrenzung der Haftung des Arbeitnehmers begründet ⁴⁷⁹⁾, ergeben sich aus der Leistung abhängiger Arbeit. Für diese Kriterien macht es keinen Unterschied, ob die Arbeitsleistungen auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrages erbracht werden oder nicht.

5. Die deliktsrechtliche Haftung des Arbeitnehmers.

Unabhängig von der Wirksamkeit des Arbeitsvertrages haftet der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer nach den deliktsrechtlichen Bestimmungen ⁴⁸⁰⁾. Eine Besonderheit gegenüber den allgemeinen Regelungen besteht

478) Hierzu vgl. etwa Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 232 ff; Nikisch Bd. I S. 304 ff; BAGE Bd. 5 S. 1 ff; Bd. 7 S. 290 ff.

479) Hueck a.a.O. S. 233, und Nikisch a.a.O. S. 304 f (Fürsorgepflicht des Arbeitgebers); Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 61, und Bulla in Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1957 Nr. 15 S. 1, 4 (sozialrechtliches Schutzprinzip); Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 213 (Risikoordnung); Erman, Anm. 6 b zu § 276 (§ 242 BGB).

480) Nikisch a.a.O. S. 218.

hinsichtlich der Verschuldenserfordernisse nach §§ 828, 829 BGB. Die für vertragliche Schadensersatzpflichten des Arbeitnehmers bei unwirksamem Arbeitsvertrag angenommene Haftungsbeschränkung auf das Arbeitseinkommen oder einen Teil von ihm tritt hier nicht ein. Andererseits unterliegt aber auch die deliktsrechtliche Haftung des Arbeitnehmers der Beschränkung der Schadensersatzpflicht nach den Grundsätzen des sog. innerbetrieblichen Schadensausgleichs⁴⁸¹⁾, die ebenso wie die sonstigen arbeitsvertraglichen Regeln auch bei Mängeln des Vertrages Anwendung finden.

Die Tatbestände der §§ 823 ff BGB werden in den meisten Fällen der Arbeitsvertragsverletzung verwirklicht sein, etwa bei Beschädigung von Sachen des Arbeitgebers. Hier kann bei vorsätzlicher Schädigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer, die nicht unter Verletzung absoluter Rechtsgüter oder eines Schutzgesetzes geschieht, sondern einen Verstoß gegen bloß arbeitsvertragliche Pflichten darstellt, eine Ersatzpflicht nach § 826 BGB begründet sein. Das wäre z.B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus Verärgerung und mit dem Bewußtsein, seinen Arbeitgeber zu schädigen, eine ihm aufgetragene Tätigkeit nicht durchführt. Sonach wird über die deliktischen Haftungsgrundsätze vielfach der gleiche Erfolg erreicht werden, der bei Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages eintreten würde.

Eine weitergehende Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers kann sich nach §§ 823 ff BGB in den Fällen ergeben, in denen er den Arbeitgeber arglistig über die Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsschlusses getäuscht hat. Hier ist der Arbeitgeber nach den §§ 823 Abs. 2, 826 BGB, 263 StGB i.V. m. § 249 BGB berechtigt, die Herstellung des Zustandes zu

481) Hueck a.a.O. S. 234 Anm. 41 a; Larenz: Schuldrecht Bd. II S. 212; BAG in AP Nr. 16 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers); BAG in JZ 1967 S. 179, 180.

verlangen, der bei Fehlen der arglistigen Täuschung bestehen würde ⁴⁸²⁾. Das kann im Einzelfall bedeuten, daß der Arbeitnehmer auf das Erfüllungsinteresse des Arbeitgebers haftet, und zwar dann, wenn der Arbeitgeber statt dieses Arbeitnehmers einen anderen, vertraglich haftenden Arbeitnehmer eingestellt hätte ⁴⁸³⁾.

6. Ergebnis:

Der nicht voll geschäftsfähige Arbeitnehmer haftet bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages für den Zeitraum seiner Verwirklichung in gleicher Weise, wie wenn dieser wirksam geschlossen worden wäre. Allein die vertragliche Haftung beschränkt sich auf den Vermögenszuwachs des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis abzüglich seiner etwaigen Aufwendungen zur Vertragserfüllung; dabei kann seine Haftung mit dem bereits befriedigten Teil seiner Ansprüche entsprechend § 818 Abs. 3 weitergehend beschränkt sein.

X. Die Abwicklung der nach § 139 BGB unwirksamen Arbeitsverträge.

Wie bei Erörterung der Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe festgestellt wurde, können Arbeitsverträge nach § 139 BGB unwirksam sein ⁴⁸⁴⁾. Derartige Sachverhalte gehören somit zu den Fallgruppen der sog. faktischen Arbeitsverhältnisse, die bei strikter Anwendung der bürgerlichrechtlichen Normen nach lediglich

482) Vgl. Staudinger-Coing, Anm. 44 f zu § 123; Flume: Das Rechtsgeschäft S. 532; Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 37 zu § 123.

483) Vgl. Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 38 zu § 123. Auf die Streitfrage, ob grundsätzlich das Erfüllungsinteresse zu leisten sei oder nicht, braucht nicht eingegangen zu werden; vgl. hierzu Flume a.a.O. S. 533 f, sowie Staudinger-Coing, Anm. 46 zu § 123. Hier handelt es sich um den Ersatz des positiven Interesses als Naturalrestitution i.S. des § 249 BGB. Dagegen dürfte der Ersatz dieses Interesses auf Grund einer Bindung an die vertragliche Erklärung als mit dem Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen unvereinbar nicht zu gewähren sein.

484) S. oben S. 14 ff.

außervertraglichen Regeln abgewickelt werden müßten.

Sie sind abweichend von den allgemeinen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsfolgen wie die sonstigen Gruppen der nicht wirksam begründeten Arbeitsverhältnisse zu behandeln. Es entsteht sonach keine Verpflichtung für die Zukunft; die Parteien können das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis jederzeit beenden. Aus dem bereits näher begründeten und in seinen Wirkungen beschriebenen sozialrechtlichen Schutzprinzip ist das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit wie ein wirksames zu behandeln; die vertragliche Bestimmung, deren Unwirksamkeit über § 139 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages herbeigeführt hat, fällt weg⁴⁸⁵⁾. Die zulässigen arbeitsvertraglichen Wirkungen für die Vergangenheit erstrecken sich dabei auch auf die Pflichtenstellung des beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmers. Da sein gesetzlicher Vertreter die Übernahme vertraglicher Pflichten im Rahmen des von der Zustimmung umfaßten Teils gebilligt hat, bestehen gegen ihre Verbindlichkeit nicht die sonst in dem Schutzgedanken der §§ 104 ff BGB begründeten Bedenken. Insoweit ist das bereits verwirklichte Arbeitsverhältnis wie ein für beide Teile wirksames abzuwickeln.

XI. Die Rechtsstellung der Parteien aus dem vollzogenen Arbeitsvertrag bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers.

1. Die Rechte des Arbeitnehmers.

1.1 Der Meinungsstand.

Ist der Arbeitsvertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers nicht wirksam, so bestehen die gleichen Abwicklungsschwierigkeiten wie in den sonstigen Fällen fehlerhaft begründeter Arbeitsverhältnisse.

485) So im Ergebnis zum entsprechenden Fall der selbständigen Anfechtung eines Teils des Arbeitsvertrages Nikisch Bd. I S. 227.

Die Interessenlage ist hier aber insofern eine besondere, als sich der mit den Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen bezweckte Schutz des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers und das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers gegenüberstehen. Nach Überwiegender Meinung ist das Schutzbedürfnis des nicht voll Geschäftsfähigen höher zu bewerten mit der Folge, daß die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts uneingeschränkte Anwendung finden; der Arbeitnehmer hat keinen vertraglichen Lohnanspruch, sondern nur Bereicherungsansprüche⁴⁸⁶⁾. Nach der Gegenmeinung ist der soziale Schutzgedanke zugunsten des Arbeitnehmers vorrangig, so daß auch hier für die Vergangenheit ein Arbeitsverhältnis mit allen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten bejaht werden müsse⁴⁸⁷⁾. Nach einer dritten Ansicht schließlich sollen dem Arbeitnehmer über seine bereicherungsrechtliche Position hinaus insbesondere im Hinblick auf die Schutzvorschriften (§ 618 BGB) entsprechend § 829 BGB - d.h. soweit es "die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten" erfordert - arbeitsvertragliche Rechte zustehen⁴⁸⁸⁾.

1.2 Die Problemstellung.

Bei der Entscheidung darüber, welcher der angeführten Auffassungen nach dem geltenden Recht zuzustimmen ist,

486) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 191; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 105 zu § 611; Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 41 f; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 34 zu § 611; Sauerbier in AR-Blattei D Minderjährige I 3; Stahlhacke, Anm. V 4 b bb zu § 105 GewO; Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32; Dölle in ZfgStW Bd. 103 S. 91 ff; Canaris in BB 1967 S. 170.

487) Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 89; Niskisch Bd. I S. 219; Dietz, Anm. 31 zu § 4 Betriebsverfassungsg; Simitis in JZ 1964 S. 742 Anm. 18; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104; offenbar auch Bobrowski-Gaul S. 159 f.

488) Flume: Das Rechtsgeschäft S. 206 f.

muß von der auch hier für allein richtig gehaltenen Vertragstheorie ausgegangen werden ⁴⁸⁹⁾. Wie in den vorbehandelten Fällen bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers fragt es sich, ob das Gesetz in diesem Punkt eine Lücke aufweist und wie sie gegebenenfalls auszufüllen ist. Dabei kann insoweit auf die bisher angestellten Erwägungen zurückgegriffen werden, als eine Lückenhaftigkeit des Gesetzes weder aus dem Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses als eines Dauerrechtsverhältnisses noch als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses folgt ⁴⁹⁰⁾. Ferner ergibt sich in diesem Zusammenhang nicht die Frage, ob etwa das im Gesetz zum Ausdruck gekommene Schutzprinzip zugunsten des nicht voll Geschäftsfähigen durch die konkrete gesetzliche Regelung vereitelt wird. Bei der jetzt zu behandelnden Fallgruppe entspricht die konsequente Durchführung der gesetzlichen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsregeln ja gerade dem bezweckten Schutz des beschränkt geschäftsfähigen oder geschäftsunfähigen Arbeitgebers. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die im BGB getroffene Regelung unter dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Schutzprinzips lückenhaft ist und zugunsten des Arbeitnehmers geändert werden muß.

1.3 Der Lösungsversuch.

- 1.31 Nach der subjektiven Auslegungsmethode kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber die hier interessierende Regelungsguppe nicht gesehen oder bedacht hat und wie er

489) Vgl. oben S. 73. Zudem erübrigt sich auch bei der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen oder der Eingliederungstheorie letztlich nicht die nach der Vertragstheorie zu stellende Frage, ob der Schutz des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers oder der soziale Schutz des Arbeitnehmers vorrangig ist; vgl. die Abwägung von Nikisch und Simitis jeweils a.a.O.

490) S. oben S. 101, 105 f.

sie sonst vernünftigerweise behandelt hätte ⁴⁹¹⁾.

Wie bereits im Hinblick auf die Fälle fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers erörtert worden ist, war den Verfassern des BGB die soziale Bedeutung der Verwertung der Arbeitskraft durch den Arbeitnehmer im Dienste des Arbeitgebers nicht bewußt ⁴⁹²⁾. Zu der durch die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des vollzogenen Arbeitsvertrages bedingten Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers wird in den Gesetzesmaterialien nicht Stellung genommen. Die erwähnte rein liberalistische Grundauffassung des Gesetzgebers, nach welcher der Arbeitsvertrag eines von vielen marktbezogenen Austauschgeschäften war, bot auch keinen Anlaß zur Unterscheidung danach, ob die Nichtigkeitsfolgen aus §§ 105 ff BGB die Existenz des vom nicht voll Geschäftsfähigen eingestellten Arbeitnehmers berührten oder das Vermögen eines sonstigen Geschäftspartners verminderten. Das läßt den Schluß zu, daß der Gesetzgeber bei Kodifizierung der §§ 105 ff BGB die Kollision zwischen ihren Folgen und den sozialen Belangen des Arbeitnehmers eines nicht voll Geschäftsfähigen nicht gesehen hat.

Daher fragt es sich, ob der Gesetzgeber, hätte er die dargestellte Konfliktsituation erkannt und bedacht, die in §§ 105 ff BGB ausgesprochenen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsanordnungen getroffen hätte. Dieses ist nach seinen damaligen und jetzigen Wertungen zu ermitteln.

Die Interessen des nicht voll Geschäftsfähigen sind stärker als die jedes sonstigen Rechtssubjekts vom Gesetzgeber geschützt worden ⁴⁹³⁾. Die vom Geschäftsunfä-

491) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 229; Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 59 I; Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 109 f.

492) Vgl. oben S. 111 ff.

493) S. Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 104 ("Fundamentalprinzip").

higen und beschränkt Geschäftsfähigen in eigener Verantwortung geschlossenen Rechtsgeschäfte sind mit wenigen Ausnahmen nicht wirksam. Der gute Glaube des Vertragspartners an die Geschäftsfähigkeit seines Kontrahenten ist unbeachtlich⁴⁹⁴⁾. Der Schutz wird auch auf Kosten und ohne Rücksicht auf die sonst als berechtigt anerkannten Interessen anderer verwirklicht⁴⁹⁵⁾. Nur in zwei Fallgruppen rechtsgeschäftlichen Handelns geht diesem Schutzprinzip nach der Wertung des Gesetzgebers das Interesse anderer Beteiligter vor: Der gutgläubige Dritterwerber einer vom Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen nicht wirksam übereigneten Sache wird nach §§ 892, 932 ff BGB trotz mangelhaften Vorerwerbs Eigentümer⁴⁹⁶⁾. Eine noch weitergehende Ausnahme zum Nachteil des nicht voll Geschäftsfähigen nimmt man im Scheck- und Wechselrecht an. Hier erwirbt gemäß Art. 16 Abs. 2 WG, 21 ScheckG der gutgläubige Wechsel- oder Schecknehmer das Wertpapier und die mit ihm verbundene Rechtsstellung sogar bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Veräußerers⁴⁹⁷⁾. Das in diesen Fäl-

494) Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 105; Anm. 5 zu § 108; Soergel-Hefermehl, Anm. 27 vor § 104; Erman-Westermann, Vorbem. 5 zu § 104; Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB S. 187; RGZ Bd. 120 S. 171, 174; Bd. 145 S. 155, 159.

495) Obwohl dieser Zustand als besonders unbillig im Bank- und Grundstücksverkehr empfunden wurde, wenn Geschäfte mit unerkennbar Geisteskranken geschlossen sowie abgewickelt waren und ihr Mangel sich erst später herausstellte, hält man ihn de lege lata für unangreifbar; zur Diskussion und ihren Ergebnissen vgl. RGZ Bd. 120 S. 171, 174; Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 105; Oertmann, Anm. 5 zu § 105.

496) Bei gutgläubigem Erwerb nach §§ 932 ff BGB gilt allerdings die Besitzaufgabe durch den Geschäftsunfähigen als Abhandenkommen i.S. des § 935 BGB; vgl. Soergel-Oechßler, Anm. 2 zu § 935; Johannsen in RGRK, Anm. 14 zu § 935; Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 935. Hier wird also der Schutz des Geschäftsunfähigen sogar noch erweitert.

497) BGH in NJW 1951 S. 402 mit zustimmender Anm. von Hefermehl; Baumbach-Hefermehl, Anm. 10 zu Art. 16 WG; Stranz, Anm. 17 f zu Art. 16 WG. Daß diese Auffassung bestritten ist (vgl. die Nachw. bei Baumbach-Hefermehl a.a.O.), ist hier nicht entschei-

len dem Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen vorgehende Prinzip ist der Gedanke des Verkehrsschutzes⁴⁹⁸⁾. Dieser erschien dem Gesetzgeber zur Aufrechterhaltung eines sicheren und reibungslosen Rechtsverkehrs in den angeführten Geschäftsbereichen als so bedeutsam, daß er die Interessen einzelner, im übrigen noch so schützenswerter Personenkreise für geringerwertig erachtete⁴⁹⁹⁾. Es fragt sich, ob man hieraus schließen kann, daß der Gesetzgeber vernünftigerweise ebenso den sozialen Schutzgedanken für höherrangig als den Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen bewertet hätte, wenn er sich vor eine Entscheidung gestellt gesehen hätte. Dieses läßt sich nach seinen Wertungen zum Verkehrsschutz in den angeführten Fallgruppen kaum feststellen. Zu ihnen besteht, wie im folgenden zu zeigen ist, ein erheblicher Unterschied sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen.

Sieht man von dem Spezialtatbestand der Art. 16 Abs. 2 WG, 21 ScheckG ab, so setzt der Gutgläubensschutz und damit der Rechtsverlust auf seiten des nicht voll Geschäftsfähigen stets erst ein, wenn ein Dritter von dessen Geschäftspartner erwirbt. Das Risiko für das Fehlen der Geschäftsfähigkeit trägt also auch hier immer noch der Geschäftsgegner der durch die §§ 104 ff BGB geschützten Personen. Sonach geht die in den Gutgläubensregelungen des BGB enthaltene Wertung generell davon aus, daß auch ein Prinzip, welches sich gegenüber dem Schutzbedürfnis des nicht voll Geschäftsfähigen durchsetzen soll, nicht im Interesse seines Ge-

dend; trifft die bestreitende Ansicht zu, ist das Prinzip des Schutzes nicht voll Geschäftsfähiger noch strenger verwirklicht. Daß gleichwohl keine Wechselverpflichtung des nicht Geschäftsfähigen begründet wird, s. bei Stranz, Anm. 5 f zu Art. 7 WG.

498) Vgl. Erman-Westermann, Vorbem. 1 zu §§ 932 ff; Stranz, Einl. Anm. 14; Staudinger-Berg, Anm. 1 zu § 932.

499) Brox: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung S. 220.

geschäftspartners verwirklicht wird. Dieser grundsätzlichen Regelung würde es widersprechen, wenn der nach §§ 105 ff BGB nichtige oder unwirksame Arbeitsvertrag für die Zeit seines Vollzuges zugunsten des Arbeitnehmers als wirksam behandelt werden sollte.

In den Fällen der Art. 16 Abs. 2 WG, 21 ScheckG ist der Gutglaubensschutz zu Lasten des nicht voll Geschäftsfähigen zwar insofern erheblich erweitert, als dessen Rechtsverlust auch seinen gutgläubigen Geschäftspartner und nicht erst den Dritterwerber begünstigt. Diese Regelungen sind jedoch speziell auf den Wechsel- und Scheckverkehr zugeschnitten. Sie sollen die besondere Umlauf- bzw. Verkehrsfunktion der genannten Wertpapiere sichern⁵⁰⁰⁾. Beim Abschluß von Arbeitsverträgen fehlt es an einem vergleichbaren Anknüpfungspunkt.

Doch nicht nur in den Voraussetzungen einer Begründung von Rechtsnachteilen für den nicht voll Geschäftsfähigen im Rechtsverkehr, sondern auch in den Rechtsfolgen besteht ein weitgehender Unterschied zwischen dem Gutglaubensschutz einerseits und der Belastung mit vertraglichen Pflichten andererseits. Die gerade behandelten Regeln des gutgläubigen Erwerbs führen zu einem Verlust der dinglichen Rechtsposition. Indem der nicht voll Geschäftsfähige ein Recht verliert, das er bis dahin noch besitzt, büßt er einen "Aktivposten" seines Vermögens ein. So unerwünscht und wirtschaftlich weittragend dieser Verlust im übrigen, d.h. unabhängig von der Bedeutung der Verkehrssicherheit, auch sein mag, es

500) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Anm. 10 zu Art. 16 WG. Inwieweit darüber hinaus die Besonderheit der genannten wertpapierrechtlichen Bestimmungen auf den Vereinbarungen der Wechsel- und Scheckrechtskonventionen beruht, kann offen bleiben. Dieser besondere Verkehrsschutz reicht aber - eben wieder zum Schutze des nicht voll Geschäftsfähigen - nicht so weit, daß dieser gegenüber gutgläubigen Inhabern aus seinen Wechselserklärungen verpflichtet wird; die vom Fehlen der Geschäftsfähigkeit betroffene Wechselserklärung ist gegenüber jedem Wechselinhaber nichtig oder unwirksam; vgl. Stranz, Anm. 14 zu Art. 16 WG.

ist immer noch lediglich der Verlust eines bestehenden Rechts. Dagegen wird der nicht voll Geschäftsfähige, wenn man Verpflichtungsgeschäften, die er in eigener Verantwortung schließt, eine bindende Wirkung beilegt, mit einer Verbindlichkeit belastet. Diese muß er erst noch erfüllen. Er disponiert über seine wirtschaftliche Situation für die Zukunft, was ihn besonders belastet, wenn er die Mittel zur Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts nicht hat und so möglicherweise für lange Zeit einen erheblichen Teil seines jetzt noch gar nicht vorhandenen Einkommens bindet. An sich ist es zwar rechtlich prinzipiell unerheblich, ob vorhandenes Vermögen verringert wird oder ob eine Vermögensminderung durch Begründung einer Verpflichtung entsteht. So liegt etwa hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages kein Unterschied darin, ob ein Minderjähriger sein Fahrrad veräußert oder sich zum Kauf eines Autos verpflichtet; in beiden Fällen ist der Vertrag ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB). Im Hinblick auf den in §§ 104 ff BGB zum Ausdruck gekommenen Schutzgedanken, der sich vor allem gegen eine eigenverantwortlich begründete Bindung für die Zukunft richtet⁵⁰¹⁾, ist das Eingehen von - letztlich nicht absehbaren - Verbindlichkeiten aber bedenklicher als der Verlust eines bestimmten, zuvor dem nicht voll Geschäftsfähigen gehörenden Gegenstandes⁵⁰²⁾.

501) Beitzke: Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen S. 32.

502) Dieser Gedanke scheint auch in der gesetzlichen Regelung des § 829 BGB berücksichtigt zu sein, wenn dort bei der Feststellung einer Haftpflicht nach Billigkeit Gesichtspunkten die obere Haftungsgrenze unter anderem durch die Gewährleistung eines standesgemäßen Unterhaltes für den Schädiger gesetzt wird. Das Gesetz gestattet hier wohl eine Minderung des Aktivvermögens, nicht aber eine Gefährdung des Unterhaltes, und erst recht keine Verschuldung.

Den Tatbeständen der Durchbrechung des Schutzes Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger kann man daher nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber diesen Schutz vernünftigerweise auch zugunsten des sozialrechtlichen Schutzprinzips zurückgestellt hätte ⁵⁰³⁾.

Nicht im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit, sondern der Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung der Haftung für unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff BGB besteht in der Regelung des § 829 BGB ein gesetzlicher Sondertatbestand, wonach eine Person trotz fehlender Verantwortlichkeit für die Folgen ihres Verhaltens einzustehen hat. Hier ordnet das Gesetz aus Billigkeitsgründen in angemessenen Grenzen eine Ausnahme von dem allgemein geltenden Verschuldensgrundsatz des bürgerlichen Rechts an ⁵⁰⁴⁾. Der Verschuldensgrundsatz beruht auf dem Gesichtspunkt, daß eine Haftung und ihre weitreichenden wirtschaftlichen Folgen nur den treffen sollen, der für den Schadenseintritt verantwortlich ist, weil ihn als zurechnungsfähigen Menschen der Vorwurf einer von der Rechtsordnung mißbilligten Willenshaltung trifft ⁵⁰⁵⁾. Umgekehrt enthält dieser Grundsatz eine Wertung zugunsten derjenigen, die ohne Verschulden schädigend in den Rechtskreis eines anderen eingreifen. Es handelt sich hierbei um einen gesetzlichen Schutz schuldlos Schädigender, da die Schuld keine dem Gesetz vorgegebene Voraussetzung der Haftung darstellt, wie die Tatbestände der Gefährdungshaftung zeigen. Wird also durch die Regelung des § 829 BGB eine Ausnahme von dem Verschuldensprinzip gesetzt, so bedeutet das eine

503) Ausdrücklich zum Zurücktreten des Verkehrsschutzes gegenüber den Interessen des nicht voll Geschäftsfähigen BGHZ Bd. 17 S. 160, 166; RGZ Bd. 43 S. 227, 228; Bd. 145 S. 155, 159; Hueck: Das Recht der OHG S. 68 f.

504) Haager in RGRK, Anm. 1 zu § 829; Soergel-Schräder, Anm. 2 vor § 827; Enneccerus-Lehmann § 260.

505) Zum Begriff der zivilrechtlichen Schuld in diesem Sinne Staudinger-Werner, Anm. 62 vor §§ 275 - 292 mit weiteren Nachw.

Durchbrechung des sonst für den Schädiger bestehenden Schutzes mit Rücksicht auf Interessen, die schwerer als seine wiegen.

Im Hinblick darauf fragt es sich, ob diese gesetzliche Entscheidung eines Interessenkonfliktes den Schluß dahin zuläßt, der Gesetzgeber hätte vernünftigerweise dem sozialen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers gegenüber dem Schutzprinzip aus §§ 104 ff BGB den Vorrang eingeräumt, wenn er den Gegensatz zwischen beiden gesehen hätte. In anderer Form könnte man auch fragen: Entspricht es dem in § 829 BGB zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken, daß in diese Regelung statt der Verantwortungsunfähigkeit die Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit, statt verantwortlich vertraglich verpflichtet und statt Schadensersatz vertragsmäßige Leistung eingesetzt wird?

Einen fast so weit reichenden Grundsatz entnimmt eine Mindermeinung dem § 829 BGB in Fällen, in denen jemand bei Vertragsschluß "unzurechnungsfähig" war, sein Geschäftsgegner aber auf dessen Geschäftsfähigkeit vertraut hatte; dann soll unter den entsprechend abzuwandelnden Voraussetzungen des § 179 Abs. 2, 3 BGB im Hinblick auf das dringende Bedürfnis des Verkehrs eine entsprechende Anwendung des § 829 BGB geboten sein ⁵⁰⁶⁾. Für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts ist Flume der Auffassung, daß entsprechend § 829 BGB eine Haftung des Minderjährigen nach den Erfordernissen der Billigkeit anzunehmen sei ⁵⁰⁷⁾.

506) So Staudinger-Werner, Anm. 7 zu § 276, dortige Alternative b mit weiteren Nachw.; die von Werner angeführte Entscheidung RG in JW 1905 S. 280, stützt seine Ansicht allerdings nicht, da sie zu dem gewünschten Ergebnis aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Bereicherung, nicht aber der vertraglichen Haftung gelangt (RG a.a.O. S. 280).

Gegen die Haftung des nicht voll Geschäftsfähigen Klein in Seufferts Blätter Bd. 72 S. 140, 143; vgl. ferner oben S. 166 Anm. 495.

507) Flume: Das Rechtsgeschäft S. 207.

Gegen eine über die Tatbestände der §§ 823 - 826 BGB hinausreichende Erstreckung des in § 829 BGB verwirklichten Billigkeitsgedankens zur Sicherung des Verkehrsschutzes spricht zunächst, daß der Gesetzgeber erkennbar den guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit als unerheblich gelten lassen wollte⁵⁰⁸⁾. So wird denn auch eine Haftung des nicht voll Geschäftsfähigen unter dem Gesichtspunkt des Gutgläubensschutzes außer in den Fällen deliktischen Verhaltens nahezu einhellig abgelehnt⁵⁰⁹⁾. Der Schutz des Gutgläubigen ist eines der wichtigsten Mittel zur Verwirklichung der Verkehrssicherheit. Ist der gute Glaube nach dem Willen des Gesetzgebers im Verhältnis zum nicht voll Geschäftsfähigen unbeachtlich, so läßt sich beim Fehlen sonstiger den Verkehrsschutz bezweckender Normen nicht annehmen, er sollte über eine Anwendung der spezifisch deliktsrechtlichen Billigkeitsnorm des § 829 BGB auf rechtsgeschäftliche Vorgänge eine Haftung begründen.

Ferner ist wohl entscheidend gegen eine Anwendung des § 829 BGB oder des in ihm enthaltenen Grundgedankens auf rechtsgeschäftliches Verhalten des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen bei Vertragschluß in Betracht zu ziehen, daß sich die tatsächliche Situation und die Interessen des durch eine unerlaubte Handlung Geschädigten erheblich von denen des Geschäftspartners eines nicht voll Geschäftsfähigen unterscheiden. Der Tatbestand der unerlaubten Handlung setzt keinen vor seiner Verwirklichung bestehenden Kontakt zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus. Zumeist berühren sich die Lebenskreise beider erst durch das deliktische Verhalten des Schädigers. Das bedeutet, daß die Schädigung, wenn es zu ihr kommt, für den Betroffenen unausweichlich ist. Er sucht sich den Schädiger nicht aus, der Schaden tritt unabhängig von sei-

508) Vgl. Motive Bd. I S. 141.

509) S. oben Anm. 494.

nem willentlichen Verhalten ein ⁵¹⁰⁾. Ist dieses nicht der Fall, muß er sich u.U. seine Mitverursachung nach § 254 BGB zurechnen lassen. Diese latente Möglichkeit der Vermögenseinbuße ohne die Chance, sie durch Fernhalten des Schädigers zu verhindern, begründet ein besonderes Interesse des Geschädigten daran, daß gegebenenfalls ein Ersatzanspruch auch gegen die unzurechnungsfähige schädigende Person besteht ⁵¹¹⁾. Jenem Interesse trägt die Regelung des § 829 BGB in Grenzen Rechnung, indem sie insoweit das Interesse des Schädigers, nur bei zurechenbarem und mithin zu verantwortendem Verhalten zu haften, zurückdrängt ⁵¹²⁾.

In einer anderen tatsächlichen Situation befindet sich derjenige, welcher mit einem nicht Geschäftsfähigen kontrahiert. Er wählt seinen Vertragspartner und begründet so die Möglichkeit, gerade durch diesen einen Schaden zu erleiden. Sein Schutzbedürfnis reicht nicht so weit wie das des durch eine unerlaubte Handlung Betroffenen. Hiernach trägt er, wenn er an einen nicht voll Geschäftsfähigen als Vertragspartner gerät, das Risiko für seine Wahl ⁵¹³⁾. Darin kann man einen Grund für eine allein auf die §§ 823 - 826 BGB beschränkte Anwendung des § 829 BGB, wie sie ja auch in dieser Vorschrift ausgesprochen wird, sehen.

Dieser Argumentation gegen eine auf rechtsgeschäftliches Verhalten des nicht voll Geschäftsfähigen erweiterte Anwendung des § 829 BGB könnte man allerdings entgegenhalten, eine deliktsrechtliche Haftung bestünde auch innerhalb eines Vertragsverhältnisses; sie er-

510) Vgl. Hofmann in NJW 1964 S. 228, 231; Dorn: Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag S. 101.

511) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 233.

512) S. Hofmann a.a.O.; Dorn a.a.O.

513) Vgl. auch RGZ Bd. 72 S. 61, 69, wonach der Kontrahent des Geschäftsunfähigen die Nichtigkeit des Vertrages nach § 105 BGB zu gewärtigen hat.

fasse also auch Fälle, in denen sich der Geschädigte den potentiellen Schädiger ausgesucht und ihm so vielfach erst die tatsächliche Möglichkeit zu einer schadensstiftenden Handlung eröffnet habe. Dem ließe sich noch hinzufügen, daß dann unabhängig von der Wirksamkeit des Vertragsschlusses auch der nicht voll Geschäftsfähige nach §§ 823 ff, 827 ff BGB hafte. Ein derartiger Einwand würde aber verkennen, daß die konkurrierenden Ansprüche aus Vertrag und Delikt rechtlich unabhängig voneinander entstehen und daß die gesetzliche Regelung der beiden Tatbestandsbereiche von dieser Konstellation ausgeht ⁵¹⁴⁾.

Abgesehen von dem Fehlen einer Auswahl des Schädigers durch den Geschädigten und die daran geknüpfte Risikozuordnung, besteht auch ein Unterschied zwischen dem zum Ersatz verpflichtenden Verstoß gegen Vertrags- oder vorvertragliche Pflichten und der unerlaubten Handlung nach §§ 823 - 826 BGB. Die unter die vorgenannten Vorschriften fallenden deliktsrechtlich erheblichen Handlungen stellen als solche einen Verstoß gegen die Rechtsordnung dar. Sie sind kraft gesetzlicher Mißbilligung bei Nichtvorliegen eines besonders festzustellenden Rechtfertigungsgrundes rechtswidrig ⁵¹⁵⁾. Der Grund für den in §§ 823 ff BGB angeordneten Schutz des Geschädigten ist in der Besonderheit der durch ein schuldhaftes deliktisches Verhalten beeinträchtigten Rechtssphäre begründet. In diese Sphäre fallen die Lebensgüter und sonstigen absoluten Rechtspositionen (§ 823

514) Wie auch Vertrags- und Deliktsrecht nebeneinander anzuwenden sind; vgl. Erman-Drees, Anm. 3 c vor § 823; Enneccerus-Lehmann § 232 mit Nachw. in Anm. 2; RGZ Bd. 88 S. 433, 434 f; Bd. 89 S. 384, 385; Bd. 102 S. 38, 42.

515) § 826 BGB, auf Grund dessen eine Schadensersatzpflicht auch bei formal rechtmäßigem Verhalten eintreten kann, ist nur scheinbar eine Ausnahme; durch die Unsittlichkeit der Schadenszufügung wird diese im Ergebnis materiell rechtswidrig, weil auch die guten Sitten Bestandteil der Rechtsordnung sind; vgl. Enneccerus-Lehmann § 236 I, II 4.

Abs. 1 BGB, die durch Gesetz besonders geschützten Individualinteressen (§ 823 Abs. 2 BGB), die wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeit (§ 824 BGB), die weibliche Geschlechtsehre (§ 825 BGB) und das Freibleiben von dolo- sen Schädigungen (§ 826 BGB). Den aufgeführten Tat- beständen liegt mithin der Gedanke zugrunde, daß ein Schutz gegen bestimmte Eingriffe, die entweder beson- ders bedeutsame Rechtssphären verletzen oder wegen ihrer Begehungsweise verwerflich sind, gegenüber jedermann zu gewährleisten ist ⁵¹⁶⁾.

Demgegenüber weist das vertragswidrige Verhalten einen derartigen Unrechtsgehalt nicht auf. Hier handelt es sich um die Verletzung einer von den Beteiligten selbst für den jeweiligen Fall geschaffenen Rechtsordnung ⁵¹⁷⁾. Sie zieht die Sanktion im Wege der Schadensersatzlei- stung unabhängig davon nach sich, ob die zum Schadens- ersatz verpflichtende Handlung absolut geschützte Rechts- güter oder besondere Schutzgesetze verletzt hat. Der Grund hierfür ist, daß die Beteiligten auf dem Boden der Privatautonomie und der ihnen in deren Rahmen gewährten Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen selbst bestimmen können, welche Ver- pflichtungen bestehen sollen und welche Folgen ihre Ver- letzung zeitigen soll ⁵¹⁸⁾. Es handelt sich aber stets nur um eine Widerrechtlichkeit kraft Vereinbarung, nicht um eine solche, die wegen Beeinträchtigung einer beson-

516) Vgl. Esser: Schuldrecht S. 827 ("verbotswidrige Störung der Friedens- und Rechtsordnung"); in die- sem Sinne auch schon RGZ Bd. 88 S. 433, 434 f; Bd. 89 S. 384, 385; Bd. 102 S. 38, 42 ("allgemein zu beachtende Pflichten, allgemeines Verbot"); vgl. ferner Ebbecke in Jh.Jb. Bd. 71 S. 346 f, 351; Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt S. 73.

517) Diese allerdings nicht i.S. einer autonomen Rechts- setzung, sondern als Zustand der Rechte und Pflich- ten der Beteiligten auf Grund ihrer von der Rechts- ordnung anerkannten Selbstbestimmung; vgl. Flume: Das Rechtsgeschäft S. 5.

518) Zu dieser Funktion der Privatautonomie Flume a.a.O. S. 6.

ders schutzwerten Stellung unabhängig von vertraglichen Beziehungen schon durch das Gesetz begründet wird. Zwischen einer rechtswidrigen Handlung i.S. der §§ 823 - 826 BGB und einer Schädigung, deren Unrechtscharakter lediglich aus der Verletzung vertraglicher Pflichten folgt, besteht sonach ein Unterschied in der Wertungsgrundlage auch hinsichtlich des geschützten Rechtsgüterbereiches ⁵¹⁹⁾. Das dürfte ein Grund dafür sein, daß § 829 BGB bei Vorliegen der in §§ 823 - 826 BGB normierten Tatbestände unter Abgehen vom Verschuldensprinzip eine Billigkeitshaftung zugunsten des Geschädigten anordnet ⁵²⁰⁾. Darauf ist möglicherweise auch zurückzuführen, daß die in § 829 BGB getroffene Regelung nicht in § 276 Abs. 1 S. 3 BGB übernommen worden ist, woraus die h.M. zu Recht auf seine Nichtanwendbarkeit in Fällen vertraglicher Haftung schließt ⁵²¹⁾. Dann ist in gleicher Weise eine Ausdehnung dieser Haftungsregel auf Sachverhalte ausgeschlossen, in denen nicht einmal eine Verletzung vertraglich begründeter Verpflichtungen, sondern lediglich ein Entstehen für vorvertragliches Verhalten in Betracht kommt ⁵²²⁾.

519) Ähnlich Schlegelberger-Becker, Anm. 2 zu § 105; s. ferner Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt S. 104, 125.

520) Eindeutig geht dieses aus den Materialien nicht hervor. Immerhin sprechen die Erörterungen zu § 829 BGB dafür, daß man die Billigkeitshaftung wegen des objektiven Unrechtsgehaltes der genannten Delikte für erforderlich hielt; vgl. die Protokolle bei Mugdan Bd. II S. 1085.

521) Vgl. Planck-Flad, Anm. 5 zu § 829; Erman-Drees, Anm. 1 zu § 829; Esser: Schuldrecht S. 865; Palandt-Gramm, Anm. 4 zu § 829; Haager in RGRK, Anm. 1 zu § 829. A.A. Weimar in DR 1944 S. 608; Schlegelberger-Weitnauer, Anm. 26 zu § 276; Erman, Anm. 2 zu § 276. Zur strikten Beschränkung der Anwendung des § 829 BGB auf die in ihm genannten Tatbestände s. RGZ Bd. 74 S. 143, 145; Bd. 94 S. 220, 221; Bd. 102 S. 213, 215.

522) So auch Staudinger-Coing, Anm. 7 zu § 105; Planck-Flad, Anm. III zu § 105; Schlegelberger-Becker a.a.O.; Krüger-Nieland in RGRK, Anm. 2 zu § 105.

Der in §. 829 BGB enthaltenen Durchbrechung des Schutzes nicht Zurechnungsfähiger läßt sich sonach eine allgemeine, über den Bereich der §§ 823 - 826 BGB hinausgehende Wertung nicht entnehmen. Daher fehlt es an einem Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung zugunsten des mit dem nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber kontrahierenden Arbeitnehmers angeordnet hätte, wenn er gesehen hätte, daß die völlige Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages gegen den sozialen Schutzgedanken verstößt.

Eine andere Wertung des Gesetzgebers könnte schließlich nur noch dann anzunehmen sein, wenn das sozialrechtliche Schutzprinzip einen derart überwiegenden Geltungsanspruch besäße, daß es jeden anderen Schutzgedanken ausräumt ⁵²³). Eine dahingehende Feststellung läßt sich jedoch nicht treffen. Der für ein Überwiegen des sozialen Schutzgedankens angeführte Grund, der Arbeitgeber habe das Äquivalent des Lohnes, die Arbeitsleistung, erhalten ⁵²⁴), ist als solcher nicht zwingend. Auch in anderen Fällen, in denen ein nicht voll Geschäftsfähiger in den Genuß einer Leistung gekommen ist, die er nicht zurückgewähren kann, läßt man - de lege lata zu Recht - den Eintritt der Nichtigkeitsfolgen mit allen Konsequenzen zu ⁵²⁵). Abgesehen davon kann unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des nicht oder nur beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers nicht entscheidend sein, daß er die Arbeitsleistung empfangen hat und verwerten konnte, sondern, was er aus ihr gewonnen hat. Hat sie ihm nichts eingebracht, etwa weil sie verfehlt eingesetzt wurde, so stellt sie keinen Gewinn dar. Hat sie

523) So Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88 f; Simitis in JZ 1964 S. 742; Nikisch Bd. I S. 219; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104.

524) Siebert a.a.O.; entsprechend auch Simitis a.a.O.

525) Vgl. RG in DR 1944 S. 728 f, das expressis verbis den Einwand der Arglist oder der unzulässigen Rechtsausübung bei Berufung auf die gesetzlich (§§ 104 f BGB) begründete Sachlage ausschließt.

umgekehrt zu einem Vermögensvorteil des Arbeitgebers geführt, so besteht dem Grunde nach wenigstens ein Bereicherungsanspruch des Arbeitnehmers, und es würde insoweit an einem anders nicht zu befriedigenden Bedürfnis für die Ausräumung des Schutzes nicht voll Geschäftsfähiger fehlen.

Es kann sonach allein darauf ankommen, ob dieser Schutzgedanke aus anderen Gesichtspunkten zugunsten des sozialrechtlichen Schutzprinzips zurücktreten muß. Im Zusammenhang damit wird als Argument vorgebracht, der Arbeitgeber würde durch eine Wirksamkeit des Arbeitsvertrages und somit das Bestehen eines Lohnanspruchs nicht so schwer getroffen wie der einzelne Arbeitnehmer, der für seinen Lebensunterhalt auf den Lohn angewiesen sei⁵²⁶⁾. Schon die Feststellung als solche ist nur bedingt richtig. Ist der nicht voll geschäftsfähige Arbeitgeber vermögenslos und hat ihm die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers - wenn auch durch eigene Fehldispositionen - keinen Vermögenszuwachs gebracht, so trifft ihn die Erfüllung der Lohnzahlungsverpflichtung ebenso hart wie den Arbeitnehmer das Ausbleiben einer Vergütung; sie ist für ihn sogar noch härter, wenn er einer Mehrzahl von Arbeitnehmern verpflichtet sein müßte, da sich dann seine Belastung vervielfacht⁵²⁷⁾. Außerdem bietet allein die Feststellung des Beteiligten, der durch gesetzlich angeordnete Rechtsfolgen schwerer betroffen wird, noch keine Antwort auf die Rechtsfrage, wem die entstehenden Nachteile zugerechnet werden müssen.

Damit läßt sich nicht eindeutig feststellen, wie der Gesetzgeber den Widerspruch zwischen dem sozialen Schutzgedanken und dem Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen bewertet haben würde. Es spricht deshalb eine Vermutung dafür, daß das von ihm zunächst für den ge-

526) Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 89.

527) So im Ergebnis auch Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages S. 41.

samen Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns gesetzlich verwirklichte Schutzprinzip zugunsten des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen in weitest möglichem Umfange wirksam bleibt ⁵²⁸⁾. Diese Annahme findet auch in dem Grund des Schutzprinzips eine Stütze. Das Entstehen für nicht gesetzlich, sondern durch rechtsgeschäftliches Verhalten begründete Verpflichtungen beruht auf der Vorstellung, daß die Pflichtenübernahme und ihre Folgen den Rechtssubjekten zugerechnet werden können, weil sie für fähig gehalten werden, die Folgen ihres Handelns einzusehen und zu verantworten ⁵²⁹⁾. Diese Fähigkeit spricht das Gesetz in den §§ 104 ff BGB bestimmten Personengruppen in typisierender Weise ab und zieht daraus die Folge, daß ihre rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht die gewollten Rechtspflichten hervorbringen. Würde man hiervon abgehen, so erlegte man dem mangels unbeschränkter Geschäftsfähigkeit nicht Verpflichtungsfähigen eine Gefährdungshaftung im Rechtsverkehr auf, für die das Gesetz keinen Anhaltspunkt bietet.

Das Ergebnis kann nach diesen gesetzlichen Wertungen auch nicht anders sein, wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, in denen dieser Schutzgedanke auf Kosten des sozial schutzbedürftigen Arbeitnehmers verwirklicht wird. Die Belastung des Arbeitgebers zugunsten des wirtschaftlich von ihm abhängigen Arbeitnehmers knüpft daran an, daß er sie mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses übernommen hat ⁵³⁰⁾; denn derjenige, der einen anderen zur Arbeitsleistung verpflichtet, nimmt die hierfür aus den gesetzlichen Regeln folgenden Ver-

528) Vgl. RG in Seufferts Archiv Bd. 71 Nr. 52 S. 89, wonach mit Bestimmtheit nachgewiesen werden muß, daß das Gesetz ungeachtet seines allgemeinen Wortlautes den zur Entscheidung stehenden Fall nicht habe treffen wollen.

529) S. Motive Bd. I S. 131; vgl. auch Flume: Das Rechtsgeschäft S. 182.

530) Vgl. Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis S. 15.

pflichtungen auf sich. Zugerechnet werden können ihm diese weitgehenden Pflichten nur, weil ihre Übernahme in den Bereich seiner rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsfähigkeit fällt, auf Grund derer die Rechtsordnung seinem willentlichen Verhalten Erheblichkeit beimißt. Kann der Arbeitgeber in eigener Zuständigkeit keine Pflichten begründen, so besteht keine Möglichkeit, hiervon deshalb abzusehen, weil den Arbeitnehmer die Folgen dieser Regelung unangemessen hart treffen können.

Als Ergebnis eines nach den Grundsätzen der subjektiven Auslegungsmethode unternommenen Lösungsversuchs ist daher festzustellen, daß sich nicht ermitteln läßt, der Gesetzgeber hätte vernünftigerweise das sozialrechtliche Schutzprinzip über den Schutzgedanken zugunsten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers gestellt. Hiernach verbleibt es bei den allgemeinen Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen.

- 1.32 Auch nach der objektiven Auslegungstheorie ist kein anderes Ergebnis zu finden. Die Feststellung einer Lücke der gesetzlichen Regelung in den hier behandelten Fällen erfordert, daß die zur Anwendung stehenden Normen einem anderen im Gesetz zum Ausdruck gekommenen vorrangigen Prinzip widersprechen⁵³¹⁾. Hier fehlt es an der Vorrangigkeit des sozialrechtlichen Schutzprinzips gegenüber dem durch die §§ 104 ff BGB bezweckten und gewährleisteten Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen. Aus den bereits angestellten Erwägungen ergibt sich, daß sich weder das Verkehrsschutzprinzip noch der in § 829 BGB zum Ausdruck gekommene Billigkeitsgedanke de lege lata zugunsten des Vertragspartners eines nicht voll Geschäftsfähigen auswirken. Ferner findet sich im Gesetz keine Andeutung, die auf eine Vordringlichkeit des sozialen Schutzes gegenüber dem Schutz des nicht oder beschränkt Geschäftsfähigen hinweist. Das sonst

⁵³¹⁾ S. Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 298 f; Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 95 f.

maximale Bestreben des Gesetzes, diesen Personenkreis vor Nachteilen im Rechtsverkehr zu bewahren, schließt es aus, entgegen dieser Tendenz die Anwendung der §§ 104 ff BGB zugunsten des Arbeitnehmers einzuschränken.

- 1.3 Die Ausgestaltung der Pflichten des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgebers.

Verbleibt es sonach bei den allgemeinen Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen, so bestehen lediglich außervertragliche Pflichten des Arbeitgebers ⁵³²⁾.

Seine "Lohnzahlungsverpflichtung" richtet sich nach §§ 812, 818 Abs. 2 BGB. Der Umfang des Bereicherungsanspruchs des Arbeitnehmers läßt sich nach Ersparnisgrundsätzen bestimmen, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt hätte. Läßt sich das nicht feststellen, ist eine Lösung unter Verwendung des Ersparnisgedankens nicht möglich. In diesem Fall ist der gemeine Wert der Arbeitsleistung zu ermitteln (§ 818 Abs. 2 BGB). Hier mag man als fiktiven Ausgangspunkt den ortsüblichen - mangels der Verpflichtungsfähigkeit des Arbeitgebers aber nicht den vereinbarten - Lohn ansehen ⁵³⁴⁾. Ergeben sich Anhaltspunkte dafür, daß die konkret erbrachte Arbeitsleistung weniger wert ist, muß die fiktive Größe außer Betracht gelassen werden, und es ist der Wert der Arbeitsleistung im Einzelfall festzustellen ⁵³⁵⁾. Schließlich muß der etwaige Wegfall der Bereicherung des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wenn eine Vermehrung seines Vermögens auf Grund der Verwertung der Arbeitsleistung

532) S. die oben in Anm. 171 Genannten.

533) Vgl. oben S. 46.

534) S. Molitor: Die Kündigung S. 25; Staudinger-Seuffert, Anm. 22 zu § 818; vgl. ferner oben Anm. 102.

535) Etwa bei Krankheit des Arbeitnehmers, bei Schlechtleistung oder bei einer Einarbeitungszeit ohne produktive Arbeitsergebnisse; vgl. oben S. 30.

gemindert oder nicht mehr vorhanden ist ⁵³⁶⁾. Das gilt z.B. für den Fall, daß das Unternehmen des nicht voll Geschäftsfähigen in Konkurs fällt oder einschließlich des Arbeitsergebnisses zerstört wird, so daß keine realisierbaren Vermögenswerte mehr verbleiben.

- 1.42 Verpflichtungen vertraglicher oder vertragsähnlicher Art entsprechend der Fürsorgepflicht obliegen dem Arbeitgeber nicht, und zwar auch nicht nach den zur culpa in contrahendo entwickelten Grundsätzen ⁵³⁷⁾. Eine Haftung kommt lediglich nach den deliktsrechtlichen Regeln in Betracht (§§ 823 ff, 827 - 829 BGB).

Bei der Ausgestaltung der deliktsrechtlichen Haftung sind zunächst die Fälle unerlaubter Handlungen bei Abschluß und bei Vollzug des nicht wirksamen Arbeitsvertrages zu unterscheiden. Ein Tatbestand der erstgenannten Art ist verwirklicht, wenn die Voraussetzungen des Betruges nach § 263 StGB erfüllt sind (§ 823 Abs. 2 BGB). Das ist gegeben, falls der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über sein Alter oder sonstige mit dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit zusammenhängende Umstände (Entmündigung, Einwilligung des gesetzlichen Vertreters) täuscht. Diese Handlungen können auch durch Unterlassen der gebotenen Aufklärung begangen werden ⁵³⁸⁾. Hier kann der zu ersetzende Schaden in dem Entgang eines anderweitigen Lohnerwerbs des Arbeitnehmers

536) Vgl. oben S. 30 mit Nachw. Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber; s. Staudinger-Seufert, Anm. 47 zu § 818; Soergel-Mühl, Anm. 51 zu § 818.

537) Vgl. oben S. 33 ff. mit Nachw.

538) Zum Betrug durch Unterlassen vgl. Schönke-Schröder, Anm. 21 ff zu § 263 StGB; zum unechten Unterlassungsdelikt allgemein Vorbem. 99 ff. Das Erfordernis der Handlungs-, hier Aufklärungspflicht, folgt strafrechtlichen Grundsätzen; vgl. etwa Schönke-Schröder, Vorbem. 118. Sie setzt keine Geschäftsfähigkeit voraus; so im Ergebnis auch RGZ Bd. 85 S. 293, 294.

In Fällen dieser Art fehlt es nicht an dem für den Betrugstatbestand erforderlichen Merkmal der "Stoffgleichheit" zwischen Vermögensschaden einer-

bestehen. Sachverhalte dieser Art erfüllen zumeist auch die Merkmale einer sittenwidrigen Schadenszufügung nach § 826 BGB ⁵³⁹⁾.

Im Zusammenhang mit dem Vollzug des Arbeitsvertrages sind vor allem etwaige Gesundheits- und Eigentumsverletzungen zum Nachteil des Arbeitnehmers von Bedeutung. Da unmittelbare Verletzungshandlungen durch den Arbeitgeber jedoch selten sein werden, kommt es in besonderem Maße darauf an, ob und inwieweit sich deliktsrechtlich relevante Pflichten i.S. des § 823 Abs. 2 BGB aus den Arbeitsschutzbestimmungen ergeben.

Die in § 618 BGB enthaltene Regelung (ebenso § 62 HGB) gestaltet nur die vertraglichen Beziehungen der Parteien zugunsten des Arbeitnehmers; sie begründet allein vertragliche Ansprüche ⁵⁴⁰⁾. Daher setzt sie das Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrages voraus. Das müßte sogar dann gelten, wenn man entgegen der inzwischen wohl einhelligen Meinung die genannten Bestimmungen als Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ansehen wollte ⁵⁴¹⁾. Unabhängig hiervon werden dem Arbeitgeber jedoch durch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen Verpflichtungen auferlegt, die in vielen Beziehungen den in §§ 618 BGB, 62 HGB enthaltenen Für-

seits und erstrebtem Vermögensvorteil andererseits. Der Vorteil des Arbeitgebers (Erlangen der Arbeitsleistung) ist die Kehrseite des Schadens, den der Arbeitnehmer durch Erfüllung der vermeintlichen Arbeitspflicht erleidet (vgl. Schönke-Schröder, Anm. 123 zu § 263 StGB).

539) Zum Schädigungsvorsatz i.S. auch eines bedingten Vorsatzes Enneccerus-Lehmann § 236 II 2.

540) Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 397; Nikisch Bd. I S. 486; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 15 zu § 618.

541) Zur Verneinung des Schutzgesetzcharakters des § 618 BGB Hueck a.a.O. S. 400 Anm. 37; Nikisch Bd. I S. 489; Staudinger-Nipperdey-Mohnen a.a.O.; Soergel-Wlotzke-Volze, Anm. 6 zu § 618.

sorgepflichten entsprechen oder sie konkretisieren⁵⁴²⁾. Diese Arbeitnehmerschutzvorschriften stellen, soweit sie Handlungs- oder Unterlassungsgebote für den Arbeitgeber enthalten, Schutzgesetze gemäß § 823 Abs. 2 BGB dar⁵⁴³⁾. Sie knüpfen nicht an die vertragliche Gebundenheit der Beteiligten an. Ihr Geltungsanspruch beruht vielmehr auf der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb⁵⁴⁴⁾. Auf diesem Wege können gegenüber dem nicht voll geschäftsfähigen Arbeitgeber auch bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages Haftungsansprüche des Arbeitnehmers entstehen, die sich im Ergebnis weitgehend mit solchen aus der vertraglich begründeten Fürsorgepflicht decken⁵⁴⁵⁾.

2. Die Pflichten des Arbeitnehmers.

Auf Grund der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages entstehen umgekehrt auch keine vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers, deren Verletzung ihn wegen positiver Forderungsverletzung schadensersatzpflichtig machen könnte. Der Gesichtspunkt des sozialen Schutzes, von dem aus die vertragliche Haftung des Kontrahenten eines nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers bejaht wurde, wirkt sich hier nicht aus. Es verbleibt insoweit bei den allgemeinen Unwirksamkeitsfolgen⁵⁴⁶⁾. Das schließt

542) Vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 141 f, 144.

Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen sind beispielsweise enthalten in §§ 120 a f GewO, den Durchführungsverordnungen zur GewO, den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, der Arbeitszeitordnung, dem Jugendarbeitsschutzgesetz u.a.; zur Übersicht vgl. Hueck a.a.O. S. 809 ff.

543) Hueck a.a.O. S. 143; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 66 f zu § 618.

544) Hueck a.a.O. S. 4 Anm. 13, S. 114 Anm. 2, S. 183; Nikisch Bd. I S. 176; Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 76, 88.

545) Insofern wäre auch das von Flume: Das Rechtsgeschäft S. 207, für billig gehaltene Ergebnis begründet.

546) Vgl. Motive Bd. I S. 134.

jedoch nicht eine Haftung des Arbeitnehmers für die Erfüllung von Sorgfalts- und Erhaltungspflichten nach den zum vorvertraglichen Vertrauensverhältnis entwickelten Grundsätzen aus ⁵⁴⁷⁾. Daneben besteht die Möglichkeit einer Haftung des Arbeitnehmers für unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff BGB.

3. Ergebnis:

Bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen Fehlens der Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers vollzieht sich die Abwicklung des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses allein nach den außervertragsrechtlichen Normen des BGB. Die sich hierbei ergebenden Schwierigkeiten und die zumindest von einem Teil der Literatur als unbillig empfundenen Ergebnisse müssen nach dem geltenden Recht wegen des Schutzgedankens zugunsten des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen in Kauf genommen werden.

XII. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Lehrvertrages.

1. Die Problemstellung.

Ist der Lehrvertrag nach §§ 105 ff BGB nichtig oder unwirksam, so treten ähnliche Probleme auf wie bei fehlerhaftem Abschluß des Arbeitsvertrages durch nicht voll geschäftsfähige Parteien. Das Verhältnis der Beteiligten für die Zukunft läßt sich auch hier angemessen regeln; sie können das Lehrverhältnis jederzeit fristlos beenden ⁵⁴⁸⁾. Schwierigkeiten bereitet jedoch seine Abwicklung für den Zeitraum des Vollzuges. Nach den Bestimmungen des BGB wären Entgeltansprüche des Lehrlings lediglich gemäß §§ 812 ff BGB begründet. Die

547) Hierzu vgl. oben S. 36 f, 48. So auch Canaris in JZ 1965 S. 477, sowie in BB 1967 S. 165, 169, dagegen jedoch die oben in Anm. 156, 125 gemachten Einschränkungen.

548) Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag - Lehrverhältnis II J VI 3.

Rechte und Pflichten der Beteiligten im übrigen würden sich nach den Regeln der Haftung für culpa in contrahendo oder nach Deliktsrecht richten.

Der Versuch, einen Anspruch auf die Lehrlingsvergütung aus §§ 812, 818 Abs. 2 BGB herzuleiten, wird dadurch erschwert, daß sich der Umfang einer etwaigen Bereicherung des Lehrherrn kaum bestimmen läßt. Über § 818 Abs. 2 BGB auf die übliche Lehrlingsvergütung zurückzugreifen, ist nicht möglich. Die Lehrlingsvergütung hat die Funktion sowohl einer vom Wert der Lehrlingsleistung gelösten Erziehungsbeihilfe als auch eines Entgelts für die vom Lehrling erbrachte Arbeit⁵⁴⁹⁾. Eine ziffernmäßige Bestimmung des Beihilfeanteils und des Entgeltanteils läßt sich nicht vornehmen. Da die Bereicherung des Lehrherrn nur über den Entgeltanteil bestimmt werden könnte, ist sie nicht feststellbar. Auch der Ersparnisgedanke eröffnet keine Berechnungsmöglichkeit, wenn ungewiß ist, ob der Lehrherr einen anderen Lehrling eingestellt hätte. Außerdem ist das Fehlen der Lehrlingsleistung für den Produktionsgang noch weniger erheblich als der Ausfall einer Vollarbeitskraft; die übrigen Arbeitnehmer können die Leistungen regelmäßig ohne weiteres miterbringen. Demnach müßte zur Feststellung der Bereicherung des Lehrherrn fast in jedem Fall der Wert der einzelnen Dienstleistungen des Lehrlings errechnet werden⁵⁵⁰⁾, was nur ganz selten möglich sein dürfte.

Zur kaum lösbaren Schwierigkeit in der Vergütungsfrage tritt, daß auch die sonstigen Beziehungen der Beteilig-

549) Für die Funktion nur als Erziehungsbeihilfe Schmidt in BB 1958 S. 989 f; nur für die Entgeltfunktion Wittholz in BB 1958 S. 706 f; zur Maßgeblichkeit beider Funktionen vgl. Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 746 f; Nikisch Bd. I S. 876; BAGE Bd. 12 S. 337, 345 f mit weiteren Nachw.

550) Zur Berechnungsweise s. Schnorr v. Carolsfeld in RdA 1959 S. 210; vgl. ferner Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag - Lehrverhältnis II J IV.

ten allein nach außervertraglichen Regeln beurteilt werden müßten. Für die Stellung des Lehrlings ist das insbesondere deshalb von Nachteil, weil die Fürsorgepflicht des Lehrherrn über die allgemeine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht hinausgeht⁵⁵¹⁾. Im Hinblick auf diese Abwicklungsschwierigkeiten, die einer sachgerechten Lösung entgegenstehen, fragt es sich auch hier, ob bereits nach geltendem Recht die Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolgen beschränkt werden können.

2. Der Meinungsstand.

Diese Frage wird - mit wenigen Ausnahmen⁵⁵²⁾ - nunmehr bejaht. Nach dieser Auffassung ist das fehlerhaft begründete Lehrverhältnis für den Zeitraum seiner Verwirklichung entsprechend den zum faktischen Arbeitsverhältnis entwickelten Grundsätzen abzuwickeln. Der nicht voll geschäftsfähige Lehrling hat hiernach Ansprüche auf Zahlung der Lehrlingsvergütung und aus der Verletzung lehrvertraglicher Pflichten⁵⁵³⁾. Geteilt sind die Ansichten darüber, ob der nicht voll geschäftsfähige Lehrling nach Vertragsgrundsätzen haftet. Zum Teil wird es ausdrücklich bejaht⁵⁵⁴⁾, zum Teil verneint⁵⁵⁵⁾. Soweit

551) Siebert-Farthmann a.a.O. III A II 2; Hueck a.a.O. S. 748; Nikisch Bd. I S. 873 f.

552) S. vor allem Schnorr v. Carolsfeld in RdA 1959 S. 206, 210; IAG Kiel in RdA 1949 S. 360; IAG Düsseldorf in BB 1958 S. 414; offenbar auch RAG in ARS Bd. 40 S. 250, 255.

553) Siebert a.a.O. II J VI; G. Hueck in RdA 1954 S. 14, 19; Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Anm. 1 zu § 126 b GewO; Stahlhacke, Anm. III 2 zu § 126 b GewO. Vgl. ferner bei Vorliegen sog. berufsrechtlicher Mängel des Lehrverhältnisses - das sind solche, die sich aus Verstößen gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen über die Lehrlingsausbildung ergeben (hierzu im einzelnen Siebert a.a.O. II J II ff) - Gross in AuR 1954 S. 101, 104; Freybe in BB 1956 S. 214, 215; Monjau in DB 1966 S. 1848, 1851; Nikisch Bd. I S. 874; IAG Berlin in BB 1966 S. 538 f.

554) Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis II J VI 2.

555) Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Anm. 1 zu § 126 b GewO; Stahlhacke, Anm. III 2 zu § 126 b GewO.

auf die Anwendung der Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis verwiesen wird ⁵⁵⁶⁾, kommt es darauf an, welchen Standort man bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers bezieht ⁵⁵⁷⁾. Zur Abwicklung bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Lehrherrn wird nicht Stellung genommen. Die Anwendbarkeit der §§ 104 ff BGB auch auf die Begründung des Lehrverhältnisses sowie die generelle Vergleichbarkeit von Arbeits- und Lehrverhältnis lassen darauf schließen, daß man hier die gleichen Rechtsfolgen für angebracht hielte wie bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers ⁵⁵⁸⁾. Nach überwiegender Ansicht bestünden hier zwischen den Beteiligten nur außervertragliche Ansprüche ⁵⁵⁹⁾.

Darüber hinaus nehmen die Verfechter sowohl einer Abwicklung nach außervertraglichen Regeln als auch einer Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen an, daß der Lehrling einen Anspruch auf den entsprechenden Hilfsarbeiterlohn hat, wenn er nach Art und Umfang seiner Tätigkeit wie ein Hilfsarbeiter beschäftigt worden ist ⁵⁶⁰⁾.

556) So G. Hueck in RdA 1954 S. 19.

557) Vgl. hierzu oben S. 52 f mit Nachw. in Anm. 170.

558) So ausdrücklich G. Hueck a.a.O.; Siebert a.a.O. II J VI; s. ferner bei Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 738, die Verweisung auf die Anwendung der einschlägigen Regeln über das Arbeitsverhältnis.

559) Zu den Auffassungen bei nicht wirksamem Arbeitsvertrag s. oben S. 53 f mit Anm. 171, 172.

560) G. Hueck a.a.O. S. 20; Siebert a.a.O. II J VI; Gross in AuR 1954 S. 104; Freybe in BB 1956 S. 215; Nikisch Bd. I S. 874 f; RAG in ARS Bd. 40 S. 250, 255; LAG Kiel in RdA 1950 S. 360; LAG Düsseldorf in BB 1958 S. 414; LAG Bremen in BB 1959 S. 1103 f; LAG Hamm in DB 1965 S. 1599; LAG Berlin in BB 1966 S. 538 f; ArbG Berlin in AP Nr. 24 zu § 611 BGB (Lehrverhältnis); wohl auch Schnorr v. Carolsfeld in RdA 1959 S. 210.

3. Der Versuch einer Lösung.

5.1 Soweit der Lehrvertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Lehrlings nicht wirksam ist, könnte die gesetzliche Regelung der Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsfolgen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des nicht voll Geschäftsfähigen wie auch des sozialrechtlichen Schutzprinzips lückenhaft sein.

Wie bereits im Zusammenhang mit dem nichtigen Arbeitsvertrag bei fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers erörtert worden ist, läßt es sich mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbaren, daß die zum Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen gesetzten Regeln zu seinem Nachteil umschlagen⁵⁶¹⁾. Dieser Gesichtspunkt führt auch hier zur Feststellung einer Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung und daraus zur Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen in dem zum Schutz des nicht voll geschäftsfähigen Lehrlings erforderlichen Umfang⁵⁶²⁾. Danach ist der Lehrvertrag für die Zeit seiner Verwirklichung zugunsten des Lehrlings als wirksam zu behandeln: ihm stehen sämtliche vertraglichen Rechte zu. Der Schutzgedanke zugunsten des nicht voll geschäftsfähigen Lehrlings erfordert ferner, daß diesem, wenn er Hilfsarbeitertätigkeiten ausgeübt hat, ein Anspruch auf Hilfsarbeiterlohn zusteht⁵⁶³⁾. Der nicht voll geschäftsfähige Lehrling kann über seine Arbeitskraft in eigener Verantwortung nicht wirksam verfügen. Deshalb muß verhindert werden, daß er durch den Lehrvertrag Vereinbarungen über das Arbeitsentgelt trifft, die zu einer unangemessen niedrigen Vergütung der Arbeitsleistung in Form des Lehrlingslohns führen. Aus dem gleichen Grund ist die konkret vereinbarte Lehrlingsvergütung nicht maßgebend, wenn sie niedriger als die üb-

561) S. die Erörterungen oben S. 79 ff.

562) Zu diesem Gesichtspunkt Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis II J VI.

563) Vgl. die in Anm. 560 Genannten.

licherweise gezahlte ist. Dem Lehrling ist ferner, falls er eine Lehrlingsausbildung erhalten hat, von den zuständigen Berufsorganisationen die Lehrzeit anzurechnen. Bezüglich der sog. berufsrechtlichen Mängel, die zu einem erheblichen Teil gerade darauf beruhen, daß der Lehrherr den Lehrling nicht einstellen durfte⁵⁶⁴⁾, und bei denen deshalb eine ordnungsgemäße Ausbildung besonders gefährdet erscheint, gilt, daß die Berufsorganisationen die Lehrzeit ganz oder teilweise anrechnen können⁵⁶⁵⁾. Eine solche Anrechnung muß dann aber erst recht möglich sein, wenn ein Lehrverhältnis lediglich nach §§ 104 ff BGB fehlerhaft begründet worden ist. Denn dieser Vertragsmangel schließt keinesfalls aus, daß der Lehrling eine den berufsrechtlichen Erfordernissen entsprechende Ausbildung erhalten hat⁵⁶⁶⁾.

Zu der geschilderten Restriktion der Nichtigkeitsfolgen gelangt man auch unter dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Schutzprinzips. Das Lehrverhältnis wird zwar weitgehend durch den Berufsausbildungs- und Erziehungszweck geprägt; es weist aber zugleich so viele Eigenschaften des Arbeitsverhältnisses auf, daß es als ein durch den Lehrzweck modifiziertes Arbeitsverhält-

564) Vgl. etwa die Fälle berufsrechtlicher Mängel auf Grund der §§ 21, 22, 24 HandwO.

565) Rechtsgrundlage im Handwerksrecht ist § 35 Abs. 1, 3 HandwO. Die Anrechnungsmöglichkeit besteht aber in allen Gewerbezeigen; vgl. Gross in AuR 1954 S. 101, 104; Freybe in BB 1956 S. 214, 215; Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis II J III; Stahlhacke, Anm. V 2 c vor § 126 GewO; Monjau in DB 1966 S. 1848, 1851; LAG Stuttgart in AP Nr. 1 zu § 77 HGB mit Anm. von G. Hueck.

566) Im Ergebnis wie hier Siebert a.a.O. II J VI 3; offenbar auch Monjau a.a.O., der die Anrechnung der Lehrzeit bei berufsrechtlichen Mängeln gerade aus der Abwicklungsregelung bei Vertragsmängeln begründet.

nis anzusehen und zu behandeln ist ⁵⁶⁷⁾. Wie im Arbeitsverhältnis zählt zu den wesentlichen Merkmalen des Lehrverhältnisses die wirtschaftliche Abhängigkeit des Lehrlings vom Arbeitgeber. Wenn auch die Eingehung des Lehrverhältnisses nicht primär von der Absicht auf den sofortigen Erwerb des Lebensunterhalts bestimmt wird und die Lehrlingsvergütung vor allem im Anfangsstadium nicht die alleinige Existenzgrundlage des Lehrlings bilden kann, stellt sie doch einen wesentlichen Bestandteil seines Lebensunterhalts dar. Gerade die Tatsache, daß weitgehend unabhängig von der Leistung produktiver Arbeit eine Vergütung gezahlt werden muß ⁵⁶⁸⁾, trägt der Bedeutung dieser Leistung des Lehrherrn für die materielle Existenz des Lehrlings Rechnung. Dem entspricht ferner, daß die Lehrlingsvergütung der Regelung durch Tarifverträge, die u.a. den Schutz der wirtschaftlichen Existenzgrundlage des Arbeitnehmers bezwecken, unterfällt ⁵⁶⁹⁾. Wie die Sicherung eines Anspruchs auf die Lehrlingsvergütung ist auch die Zubilligung der sonstigen sich aus einem wirksamen Lehrvertrag ergebenden Rechte des Lehrlings durch das sozialrechtliche Schutzprinzip geboten. Die nach den früheren Feststellungen unter dem Gesichtspunkt des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers ermittelte Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung ⁵⁷⁰⁾ ist auch hier festzustellen. Diese Lücke ist wie dort durch die Restriktion

567) Vgl. Siebert in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis I D I; Hueck in Hueck-Nipperdey Bd. I S. 83 f; Nikisch Bd. I S. 870 f; Stahlhake, Anm. III vor § 126 GewO; Monjau in DB 1966 S. 1849 f mit Anführung der anwendbaren arbeitsrechtlichen Regeln.

568) S. die bei Siebert-Farthmann a.a.O. III A 2 angeführten Regelungen.

569) So bereits RAGE Bd. 1 S. 313 ff; Bd. 2 S. 226 f; vgl. ferner Siebert-Farthmann a.a.O. III A III 4 c; BAGE Bd. 12 S. 337, 348. Zur Gegenansicht s. Schmidt in BB 1958 S. 990.

570) Vgl. oben S. 111 ff.

der Nichtigkeitsfolgen für den Zeitraum des Vollzuges des Lehrvertrages auszufüllen.

Die vertragliche Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Lehrlings bestimmt sich gleich der des entsprechenden Arbeitnehmers nach dem erforderlichen Umfang des in §§ 104 ff BGB normierten Schutzes ⁵⁷¹⁾. Der Zweck dieser Bestimmungen ist gewahrt, wenn der Lehrling zwar vertraglich haftet, seine Haftung sich der Höhe nach jedoch auf die Vermögensleistungen aus dem Lehrverhältnis beschränkt, gegebenenfalls unter weiterer Begrenzung des Haftungsbetrages durch Abzug der Aufwendungen des Lehrlings zur Erfüllung des Vertrages und auf die entsprechend §§ 818 Abs. 3, 819 BGB zu ermittelnden noch vorhandenen Einkünfte aus dem Lehrverhältnis ⁵⁷²⁾. Grund und Umfang der deliktischen Haftung des Lehrlings werden durch die Vertragsmängel nicht berührt. Für beide Haftungsarten gelten die zum innerbetrieblichen Schadensausgleich entwickelten Grundsätze ⁵⁷³⁾. Ferner muß bei der Feststellung eines fahrlässigen Verhaltens der Stand der Ausbildung berücksichtigt werden ⁵⁷⁴⁾. An einem Verschulden des Lehrlings kann es überhaupt fehlen, wenn er bestimmte Arbeiten lediglich zu seiner Übung und dem Lehrzweck durchführen soll ⁵⁷⁵⁾. Darüber hinaus ist bei Verrichtungen, die an die Sorgfalt des Lehrlings besondere Anforderungen stellen, seine entsprechend erhöhte Überwachung durch den Lehrherrn geboten; ihr Unterlassen bewirkt nach § 254 BGB die Minderung oder den Wegfall der Schadensersatzpflicht ⁵⁷⁶⁾.

571) Dazu s. oben S. 151 ff.

572) Zu den Einzelheiten oben S. 152 ff, 158.

573) Zu deren Anwendung im Lehrverhältnis vgl. Schnorr v. Carolsfeld in RdA 1959 S. 212; Monjau in DB 1966 S. 1851; vgl. ferner IAG Bremen in BB 1956 S. 1107; ArbG Ulm in BB 1959 S. 994.

574) Nikisch Bd. I S. 878; Schnorr v. Carolsfeld a.a.O.

575) Monjau a.a.O.

576) Siebert-Farthmann in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis III D 3; Monjau a.a.O.; IAG Bremen a.a.O.; ArbG Ulm a.a.O.

- 3.2 Die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Lehrvertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Lehrherrn wirkt sich auch für den Zeitraum des Vertragsvollzuges unbeschränkt aus. Der im Gesetz verwirklichte Schutzgedanke erfordert, daß der nicht voll geschäftsfähige Lehrherr von vertraglichen Pflichten freibleibt, die im Lehrverhältnis noch weiterreichen als im Arbeitsverhältnis, weil der Lehrherr für die schuldhaft unzulängliche Ausbildung des Lehrlings haftet ⁵⁷⁷). Gegenüber diesem Schutz muß nach geltendem Recht das soziale Schutzbedürfnis des Lehrlings zurücktreten ⁵⁷⁸). Der Lehrling hat Ansprüche lediglich aus Bereicherungsrecht und aus §§ 823 ff BGB. Seine Haftung gegenüber dem Lehrherrn bestimmt sich gleichfalls nach dem Recht der unerlaubten Handlungen sowie den zur culpa in contrahendo entwickelten Grundsätzen ⁵⁷⁹).

Ausblick

Die Frage der Geschäftsfähigkeit im Arbeitsvertragsrecht sollte vom Gesetzgeber im ganzen neu überdacht und geregelt werden. Die in Angriff genommene Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts in einem Deutschen Arbeitsgesetzbuch bietet die geeignete Möglichkeit hierzu ⁵⁸⁰).

In diesem Rahmen würde einer Bestimmung des Inhalts, daß die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers dessen Rechte für den Zeitraum des Vollzuges nicht beeinträchtigt, nach schon heute h.M. lediglich "deklaratorische Bedeutung" zukommen ⁵⁸¹). Die Klar-

577) Siebert-Farthmann in AR-Blattei D Lehrvertrag-Lehrverhältnis III C I; Nikisch Bd. I S. 875.

578) Im einzelnen oben S. 165 ff, 180 f.

579) Vgl. oben S. 181 ff.

580) Zur Arbeitsrechtskodifikation s. oben S. 2 f Anm. 9, 10.

581) Vgl. hierzu die Angaben oben Anm. 169.

stellung durch den Gesetzgeber wäre aber in jedem Falle wünschenswert.

Hinsichtlich der Pflichtenposition des Arbeitnehmers wäre entgegen der h.M. seine völlige Freistellung unangebracht, weil sie den erforderlichen Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen überspannt. Der Schutz ist - auch i.S. des geltenden Rechts - hinlänglich gewahrt, wenn eine vertragliche Haftung des nicht voll geschäftsfähigen Arbeitnehmers dessen wirtschaftliche Situation gegenüber dem Zustand vor der Vertragserfüllung nicht verschlechtert. Dem entspricht seine vertragliche Haftung bis zur Höhe der aus dem Arbeitsverhältnis gezogenen Vermögensvorteile. Deren Wegfall ist entsprechend § 818 Abs. 3 BGB - bei Anwendung der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB - zwecks weiterer Haftungsbeschränkung zu berücksichtigen.

Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers ist von der wirtschaftlichen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Existenz des Arbeitnehmers auszugehen. Die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers dürfte wohl gegenüber dem Schutzbedürfnis des nicht voll Geschäftsfähigen vorrangig sein⁵⁸²⁾. Eine solche Wertung müßte de lege ferenda im Grundsatz zu arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten der Beteiligten für die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung führen.

Allerdings sollte die hierin liegende Einengung des Schutzes Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger nicht weiterreichen, als es das berechtigte Interesse des Arbeitnehmers erfordert. Ein derartiges Interesse besteht, soweit der Arbeitnehmer das Risiko, welches er bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages tragen müßte, indem er u.U. für seine

582) So bereits zur Wertung durch das geltende Recht Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse S. 88 f; Nikisch Bd. I S. 219; Simitis in JZ 1964 S. 740, 742; Soergel-Hefermehl, Anm. 32 vor § 104.

Arbeitsleistung keinen Lohn bezieht, nicht vorhersehen und abwenden kann. Ist es ihm dagegen möglich, dieses Risiko zu vermeiden, so erscheint es eher gerechtfertigt, daß er die entstehenden Nachteile trägt, als daß der nicht voll geschäftsfähige Arbeitgeber vertraglich verpflichtet wird. Das geltende Recht versagt in vielen Fällen dem eine günstige Rechtsposition oder ordnet einen Rechtsnachteil zu Lasten desjenigen an, welcher bestimmten, seinen eigenen Belangen dienenden Verhaltensanforderungen nicht nachkommt⁵⁸³⁾. Die Verletzung der Gebote des wohlverstandenen eigenen Interesses wird durch die Zurechnung bestimmter Nachteile sanktioniert. Vom Arbeitnehmer kann man erwarten, daß er sich über das mit dem Vertragsschluß etwa verbundene Risiko im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers vergewissert. Eine solche Obliegenheit kann man ihm vor allem deshalb auferlegen, weil - wovon die Schutzbestimmungen zugunsten der nicht voll Geschäftsfähigen ausgehen - seinem Vertragspartner die Fähigkeit zur verantwortlichen Wahrnehmung der eigenen Belange im Rechtsgeschäftsverkehr vielfach fehlt. Entsprechend den Regeln zu anderen Fällen von Obliegenheitsverletzungen sollten daher dem Arbeitnehmer dann keine vertraglichen Rechte zustehen, wenn er die auf der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers beruhende Fehlerhaftigkeit des Arbeitsvertrages kennt oder kennen muß⁵⁸⁴⁾. Er muß sie kennen, wenn er es etwa bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers gemäß § 106 BGB unterläßt, sich über dessen

583) S. etwa §§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 2, 173, 179 Abs. 3 S. 1, 254, 307 Abs. 1, 405 BGB; zum Begriff der hierdurch und in anderen Fällen begründeten Obliegenheiten und den Folgen ihrer Verletzung Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 74 IV; Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB S. 355; Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 223 f.

584) Kennen müssen ist gleichbedeutend mit fahrlässiger Unkenntnis, vgl. § 122 Abs. 2 BGB.

Alter und das Vorliegen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu informieren. Bei Geschäftsunfähigkeit des volljährigen Arbeitgebers kommt es darauf an, ob dessen nach § 104 Nr. 2 BGB maßgebende Geistesverfassung und ihre Bedeutung für die Fähigkeit zum Vertragsschluß dem Arbeitnehmer erkennbar war bzw. ob er auf eine nach § 104 Nr. 3 BGB erfolgte Entmündigung hätte schließen müssen.

Eine derartige Lösung, die auch dem Vertrauensgedanken im Rechtsverkehr Rechnung trägt, erscheint eher angebracht als eine § 829 BGB entsprechende Billigkeitshaftung nach den Vermögensverhältnissen des Arbeitgebers, die dem Gesichtspunkt des Existenzschutzes des Arbeitnehmers nur unzulänglich Rechnung trägt.

L e b e n s l a u f

Am 2. Februar 1938 wurde ich als Sohn des Schlossers Johann Heuking und dessen Ehefrau Franziska, geb. Lassak, in Bottrop geboren. In Holzhausen II bei Minden und in Bottrop besuchte ich von 1944 bis 1948 die Grundschule, in Bottrop seit 1948 das Jungengymnasium. Dort legte ich am 4. März 1957 die Reifeprüfung ab.

Im Anschluß daran studierte ich in Münster und Tübingen Rechtswissenschaften. Am 12. August 1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich vom 8. September 1961 bis zum 7. März 1965 im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm. Am 16. September 1965 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Januar 1966 nehme ich die Stelle eines Wissenschaftlichen Assistenten am Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Ruhr-Universität Bochum wahr. Ich bin verheiratet mit Marlies Heuking-Ombeck, geb. Ombeck.

